

על תורת הסעדים החוקתיים

אהרן ברק*

לאוריאל
בהערכה רבה
ממורך, מעמיתך ומתלמידך
אהרן

מטרתה של הרשימה להניח בסיס למתודולוגיה החוקתית של הסעד החוקתי. נקודת המוצא היא כי הזכות לסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית היא זכות חוקתית. תכליתה של זכות חוקתית זו היא משולשת: סעד אפקטיבי לנפגע, אישוש חוקי-היסוד והרתעה מפני הפרות עתידיות. ניתן לפגוע בה אם יש צידוק לכך. העקרונות המצדיקים פגיעה בזכות החוקתית לסעד הם ארבעה: זכויות של צדדים שלישיים; האינטרס של הציבור בממשל תקין; מערכת היחסים בין הרשויות; המגבלות המוסדיות של בית-המשפט. ההתחשבות בעקרונות אלה נעשית במסגרת פסקת ההגבלה החלה לעניין פגיעה בכל זכות חוקתית. המתודולוגיה החוקתית של הסעד החוקתי מודגמת בשלושה סעדים חוקתיים: הכרזה על אי-חוקתיותו של החוק הפוגע ועל בטלותו; פיצויים; והשבה.

מבוא

פרק א: הזכות לסעד חוקתי כזכות חוקתית

1. מהותו של הסעד החוקתי
2. המקורות החוקתיים לזכות לסעד חוקתי
3. "מקום בו הזכות – שם הסעד"
4. החובה לכבד את הזכויות החוקתיות

פרק ב: הסמכות למתן סעד חוקתי

1. הוראה מפורשת למתן סעד חוקתי
2. הוראה משתמעת למתן סמכות להענקת סעד חוקתי

* נשיא בית-המשפט העליון בדימוס; בית-ספר רדזינר למשפטים, המרכז הבינתחומי הרצליה.

- פרק ג: התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי
1. מהותן של התכליות
 2. התכלית של מתן סעד אפקטיבי לנפגע
 3. התכלית של אישוש חוקי-היסוד
 4. התכלית של הרתעה מפני הפרות עתידיות
- פרק ד: הצידוק לפגיעה בזכות לסעד חוקתי
1. העקרונות החוקתיים המצדיקים פגיעה
 2. התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים
 3. התחשבות באינטרס של הציבור בממשל תקין
 4. התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות
 5. התחשבות במגבלותיו המוסדיות של בית-המשפט
- פרק ה: תחולתה של פסקת ההגבלה
1. הזכות לסעד חוקתי ותורת שלושת השלבים
 2. הזכות לסעד חוקתי ופסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד
- פרק ו: הזכות לסעד חוקתי ועילת התביעה לסעד חוקתי
1. עילת התביעה
 2. שיקול-הדעת השיפוטי
 3. מעמדה הנורמטיבי של עילת התביעה
 4. עילת התביעה ותורת הבטלות היחסית
 5. סוגים של סעדים חוקתיים
- פרק ז: סעד של הכרזה על בטלותו של חוק שפגע בזכות חוקתית
1. מגוון הסעדים החוקתיים בגין ההכרזה על אי-חוקתיות
 2. הכרזה על בטלותו של החוק הפוגע
- פרק ח: סעד של פיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית
1. מקומה של עילת התביעה לפיצויים במשפט הישראלי הקיים
 2. עילת התביעה לפיצויים במשפט המשווה
 3. הסעד החוקתי ועילת התביעה לפיצויים
 4. האם רצוי להכיר בעילת תביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי?
 5. סעד של פיצויים בגין פעולה שלטונית המטילה נטל חריג על הנפגע
- פרק ט: סעד חוקתי של השבה
1. המסגרת הנורמטיבית
 2. השבה כסעד חוקתי
- סיכום

מבוא

תורת הזכויות החוקתיות המקובלת בישראל מבוססת על בחינה תלת-שלבית.¹ בשלב הראשון נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה על-ידי נורמה תת-חוקתית פרי יצירתה של רשות שלטונית.² אנו מגדירים זכות חוקתית כזכות שמעוגנת בלשונם (המפורשת או המשתמעת)³ של שני חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם – חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק – ומכוונת כלפי הרשות השלטונית. פגיעה בזכות חוקתית מתרחשת כאשר נורמה תת-חוקתית (חקיקתית או הלכתית) אינה מממשת את הזכות החוקתית (בהיבטה החיובי או השלילי)⁴ כדי מלוא היקפה. היקפה של הזכות החוקתית נקבע על-פי פרשנותה התכליתית.⁵ כל הזכויות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם הן זכויות יחסיות.⁶ ניתן להגבילן, ובלבד שקיים צידוק לכך. כאשר הבחינה החוקתית קובעת כי זכות חוקתית נפגעה על-ידי נורמה תת-חוקתית, הבחינה החוקתית עוברת לשלב השני, הוא שלב הצידוק. בשלב זה נבחנת השאלה אם יש לרשות השלטונית צידוק לפגיעה בזכות החוקתית.⁷ צידוק קיים אם הפגיעה בזכות החוקתית מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. תנאים אלה דורשים שהחוק הפוגע יהלום את ערכיה של מדינת-ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, שהוא ייועד לתכלית ראויה, ושהפגיעה לא

- 1 ראו ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 428 (1995) (הנשיא א' ברק). כן ראו, בין היתר, בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל); בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 816, 782 (2012) (הנשיא ד' ביניש); בג"ץ 7245/10 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' משרד הרווחה (פורסם בנבו, 4.6.2013); בג"ץ 7146/12 אדם נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 717 (2013); בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 544 (2005). ראו גם אהרן ברק "הזכות החוקתית והפגיעה בה: תורת שלושת השלבים" משפט וממשל (צפוי להתפרסם ב-2018) (להלן: ברק "תורת שלושת השלבים"); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 51 (2010) (להלן: ברק מידתיות במשפט); ברק מדינה דיני זכויות האדם בישראל 36 (2016). קיימת מחלוקת על פרטי התורה, אך עיון בהם חורג ממסגרת רשימה זו.
- 2 ראו בג"ץ 5998/12 רונן נ' כנסת, פס' 12 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס (פורסם בנבו, 25.8.2013); בע"מ 3778/12 גלפנבוים נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 29.9.2014).
- 3 ראו אהרן ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה" משפטים 573 (2016).
- 4 על היקפן החיובי והיקפן השלילי של הזכויות החוקתיות ראו אהרן ברק כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה כרך א 347 (2014) (להלן: ברק כבוד האדם).
- 5 על הפרשנות החוקתית ראו שם, בעמ' 173.
- 6 על הזכות היחסית ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 56.
- 7 על הצידוק לפגיעה בזכות חוקתית ראו: Etienne Mureinik, *A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights*, 10 S. Afr. J. on Hum. Rts. 31, 32 (1994); Moshe Cohen-Eliya & Idido Porat, *Proportionality and Constitutional Culture* (2013).

תעלה על הנדרש.⁸ כאשר הבחינה החוקתית תקבע כי אין צידוק לפגיעה בזכות החוקתית, תעבור הבחינה החוקתית לשלב השלישי, שבו ייקבע הסעד שבעל הזכות שנפגעה זכאי לו.

מטרתה של רשימה זו היא לעמוד על המתודולוגיה הבסיסית של השלב השלישי בתורת שלושת השלבים, הוא שלב הסעדים החוקתיים.⁹ אנו מגדירים סעד חוקתי כסעד הניתן בגין פגיעה ללא צידוק בזכות חוקתית. הביטוי "סעד חוקתי" אינו מדויק. הביטוי הראוי הוא "סעד בגין פגיעה ללא צידוק בזכות חוקתית". הזכות הנפגעת היא חוקתית. הזכות לסעד בגין פגיעה ללא צידוק בזכות חוקתית אף היא זכות חוקתית.¹⁰ עקרונות היסוד שיש לשקול בקביעת הסעד הם עקרונות יסוד חוקתיים. אולם הסעד עצמו – כגון הכרזה על בטלותו של החוק הפוגע¹¹ או תשלום פיצויים¹² – הוא פרי איזון בין עקרונות היסוד המתנגשים. איזון זה מעצב את עילת התביעה של הנפגע כלפי הרשות השלטונית לסעד בגין פגיעה ללא צידוק בזכותו החוקתית.¹³ עילת תביעה זו מצויה ברמה תת-חוקתית, כגון חוק הדן בסעדים בגין פגיעה ללא צידוק בזכות חוקתית או משפט מקובל ציבורי¹⁴ הקובע הלכות שיפוטיות בדבר הסעדים בגין פגיעה ללא צידוק בזכות חוקתית. מימושה של עילת התביעה מתרחש אף הוא ברמה התת-חוקתית. האופי החוקתי של הזכות הנפגעת ושל הזכות לסעד בגין פגיעה ללא צידוק בה מטיל מגבלות חוקתיות על גיבוש עילת התביעה בגין פגיעה בזכות חוקתית. האופי התת-חוקתי של עילת התביעה לסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית מצביע על כך שהיקף העילה נתון לשיקול-דעתם של המחוקק או השופט. מכל מקום, ברשימה זו נשתמש, לשם הקיצור, במושג (הלא-מדויק) "סעד חוקתי".

ביסוד המתודולוגיה הבסיסית של הסעד החוקתי מונחים שישה עקרונות יסוד. עקרון היסוד הראשון הוא כי לאדם אשר זכותו החוקתית נפגעה ללא צידוק עומדת זכות לסעד. הזכות החוקתית לסעד אינה זכות תת-חוקתית (חקיקה או הלכתית). היא עצמה – כמו הזכות שנפגעה – מהווה זכות חוקתית.¹⁵ הזכות שנפגעה מכוונת כלפי הרשות השלטונית הפוגעת. הזכות לסעד חוקתי מכוונת כלפי הרשות השופטת. מקורותיה של הזכות לסעד חוקתי הם שניים: המקור האחד הוא הזכות הנפגעת עצמה (*ubi jus, ibi remedium*).¹⁶ הזכות לסעד היא זכות-בת של כל זכות-אם חוקתית. המקור האחר הוא

8 ראו ס' 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק יסוד: חופש העיסוק.

9 על המתודולוגיה של שני השלבים הראשונים ראו ברק "תורת שלושת השלבים", לעיל ה"ש 1.

10 ראו להלן בעמ' 309.

11 ראו להלן בעמ' 347.

12 ראו להלן בעמ' 375.

13 ראו להלן בעמ' 339.

14 על המשפט המקובל הציבורי ראו אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" **משפט וממשל** יז 9 (2016).

15 ראו להלן בעמ' 309.

16 ראו להלן בעמ' 312.

פסקת הכיבוד, שהיא חלק מחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.¹⁷ כנגד חובתה של הרשות השלטונית השיפוטית "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה" עומדת זכותו של כל אדם אשר זכותו הופרה שהרשות השיפוטית תקבע אמות-מידה לקבלת סעד בגין הפגיעה. בין כך ובין כך, על הרשות השופטת לכבד את זכותו החוקתית של הנפגע לסעד, על-ידי קביעת מערכת של דינים לסעדים חוקתיים והוצאתם מהכוח אל הפועל במקרה קונקרטי. עקרון-היסוד השני הוא כי מקום שחוקה מעגנת הוראה באשר לזכות חוקתית, היא מעגנת ממילא גם הוראה באשר לסעד החוקתי, ובכך היא מסמיכה את בית-המשפט להעניק סעד חוקתי.¹⁸ לעיתים הסמכות ליתן סעד חוקתי קבועה במפורש בחוקה, אך לרוב הסמכה זו משתמעת מעצם ההכרה בזכות החוקתית.

עקרון-היסוד השלישי הוא כי ביסוד היקפה של הזכות החוקתית לסעד מונחות שלוש תכליות: התכלית האחת והעיקרית היא האפקטיביות של הסעד¹⁹ – יש לשאוף להקטנת הפער בין הזכות לבין הסעד; תכלית שנייה היא אישוש (vindication) של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם²⁰ – יש למנוע פגיעה באמון הציבור בחוקי-היסוד; והתכלית השלישית היא הרתעה מפני הפרות עתידיות²¹ – יש להמריץ את הרשויות השלטוניות להימנע בעתיד מפגיעה בזכויות האדם. בקביעת היקפה של הזכות לסעד חוקתי על בית-המשפט לממש תכליות אלה.

עקרון-היסוד הרביעי הוא כי הזכות לסעד חוקתי, כמו שאר הזכויות החוקתיות, היא זכות יחסית.²² בית-המשפט רשאי לא לממשה כדי מלוא היקפה, ובלבד שקיים צידוק להגבלת הזכות. הצידוק מתבטא בארבעה עקרונות. נכנה אותם "עקרונות מגבילים": העיקרון הראשון הוא התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים²³ – בית-המשפט רשאי להצדיק אי-מתן סעד אפקטיבי לבעל הזכות שנפגעה אם הסעד האפקטיבי יפגע בזכות החוקתית של צד שלישי; העיקרון השני הוא התחשבות באינטרס של הציבור בממשל תקין (good governance)²⁴ – סעד חוקתי שבית-המשפט פוסק צריך לא ליצור חלל ממשלי; העיקרון השלישי הוא התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות (כחלק מעקרון הפרדת הרשויות)²⁵ – כך, למשל, בית-המשפט רשאי לשקול הימנעות מהכרזה על בטלותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית ללא צידוק אם עולה בידו להפריד בין חלקיו הבלתי-חוקתיים של החוק לבין חלקיו החוקתיים, ובכך להעניק סעד אפקטיבי לנפגע, ובלבד שתבנית החקיקה תישמר והתכלית המונחת ביסוד החוק תוגשם, ולו באופן חלקי; והעיקרון הרביעי הוא התחשבות במגבלותיו המוסדיות של בית-

17 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק. ראו גם להלן בעמ' 316.

18 ראו להלן בעמ' 318.

19 ראו להלן בעמ' 322.

20 ראו להלן בעמ' 323.

21 ראו להלן בעמ' 325.

22 ראו לעיל בעמ' 326.

23 ראו להלן בעמ' 327.

24 שם.

25 ראו להלן בעמ' 328.

המשפט²⁶ – כך, למשל, בית-המשפט לא יקבע עבירות פליליות, לא יקים מוסדות ציבוריים ולא יטיל מס, גם אם יראה בסעדים אלה את הסעדים האפקטיביים ביותר. עקרון-היסוד **החמישי** הוא כי העקרונות המגבילים המצדיקים הימנעות ממתן סעד חוקתי אפקטיבי אשר יאשש את הזכות החוקתית וימנע פגיעה בה בעתיד הם אלה הקבועים בפסקת ההגבלה.²⁷ ההגבלות בנוגע לצמצום הפער בין הזכות החוקתית לבין הסעד החוקתי צריכות לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. בניית תנאים אלה נשקלים הן העקרונות הקבועים את היקפה של הזכות לסעד חוקתי והן העקרונות המצדיקים את הגבלתה. על-כן יש לבדוק אם התכלית המונחת ביסוד הפגיעה בזכות החוקתית לסעד היא אחד מעקרונות-היסוד המצדיקים פגיעה זו (כגון זכות של צד שלישי או שיקולים של ממשל תקין);²⁸ יש לבדוק אם קיים קשר רציונלי ממשי ומשמעותי בין הימנעות ממתן סעד אפקטיבי אשר יאשש את החוקה וירתיע מפני הפרות עתידיות לבין העקרונות המגבילים את היקפו של סעד זה;²⁹ יש לבדוק אם מתקיים הצורך באי-מתן סעד אפקטיבי אשר יאשש את החוקה וירתיע מפני הפרות עתידיות מכיוון שאין חלופה אחרת שתקיים את התכלית של העקרונות המגבילים מבלי להרחיב את הפער בין הזכות הנפגעת לבין הסעד בגינה;³⁰ ולבסוף, יש לבחון אם התועלת החברתית השולית במתן סעד חוקתי המתחשב בעקרונות המגבילים עולה על התועלת החברתית השולית שבמתן סעד המממש את התכליות שביסוד הסעד החוקתי.³¹

עקרון-היסוד **השישי** הוא כי התוצאה המתקבלת מההגבלות החוקתיות בנוגע למימושה המלא של הזכות לסעד חוקתי מעצבת את עילת התביעה של בעל הזכות החוקתית לסעד חוקתי.³² כך, למשל, עילת תביעה זו יכולה להתבסס על קריאה לתוך החוק של הסדר שיש בו כדי להעניק סעד אפקטיבי לנפגע מבלי להביא לידי בטלותו של החוק.³³ אפשרות אחרת היא, למשל, שתוכר עילת תביעה לתשלום פיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית של הנפגע ללא צידוק.³⁴ עילת תביעה זו היא ברמה תת-חוקתית. לעיתים היא נקבעת בחוק, אך לרוב היא חלק מהמשפט המקובל הישראלי. היא ביטוי ליחסיותה של הזכות החוקתית לסעד. היא תוצאת הפעלתם של דיני המידתיות על פתרון ההתנגשות בין הזכות לסעד חוקתי לבין הצידוק להגבלתה.

26 ראו להלן בעמ' 331.

27 ס' 8 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

28 ראו להלן בעמ' 337.

29 שם.

30 ראו להלן בעמ' 338.

31 שם.

32 ראו להלן בעמ' 339.

33 ראו להלן בעמ' 342.

34 ראו להלן בעמ' 344.

החובה לקבוע סעד חוקתי מוטלת על הרשות השופטת.³⁵ רק בית-המשפט יכול לקבוע באופן מוסמך – ובית-המשפט העליון באופן סופי המחייב את הכלל³⁶ – כי זכות חוקתית נפגעה בלא צידוק, וכי בעל הזכות זכאי לסעד חוקתי. משקבע זאת בית-המשפט, יהיה עליו לקבוע אם הסעד החוקתי יממש במלואו את התכליות המונחות בבסיסו או שיש צידוק להעניק סעד שאין בו מימוש מלא, וזאת במסגרת פסקת ההגבלה ובהתחשב בעקרונות המגבילים. על-פי קביעות אלה תיקבע עילת התביעה לסעד חוקתי. במסגרתה יהא על בית-המשפט להפעילה בנסיבותיו של המקרה המיוחד המונח לפניו.

הדמות המרכזית בתורת הסעדים היא בית-המשפט.³⁷ הסעד החוקתי הוא ביסודו סעד שיפוטי. אמת, חוקה יכולה לקבוע הוראות מפורשות באשר לסעדים חוקתיים, כגון קביעה כי חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה הוא בטל³⁸ או שהנפגע זכאי במקרה כזה לפיצויים מהרשות השלטונית שפגעה בו.³⁹ אך מימושה של הוראה זו הוא בידי בית-המשפט,⁴⁰ שכן רק קביעה שיפוטית שהזכות החוקתית נפגעה ושאין צידוק לפגיעה תפעיל את ההוראה בדבר הסעד החוקתי.⁴¹ בוודאי כך כאשר אין כל הוראה מיוחדת בעניין הסעד החוקתי. במצב דברים זה על בית-המשפט לעצב את הסעד החוקתי, לקבוע את התכליות המונחות ביסודו, ולהגדיר את הצידוק לא לממש מטרות אלה במלואן. על יסוד כל אלה עליו לקבוע את עילות התביעה לסעדים החוקתיים ואת מימושן במקרה הקונקרטי. נמצא כי לעניין הסעד החוקתי, הרשות השלטונית שעליה מוטלת במקרה קונקרטי החובה "לכבד את הזכויות שלפי

35 ראו אהרן ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש 413, 431 (קרן אזולאי, איתי בר-סימן-טוב, אהרן ברק ושחר ליפשיץ עורכים, צפוי להתפרסם ב-2017).

36 ע"ב 2/84 ניימן נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לח (3) 85, 88 (1984) (הנשיא מ' שמגר). ראו גם ע"א 8797/99 אנדרמן נ' ועדת הערר המחוזית לפי חוק התכנון והבניה תשכ"ה-1965, חיפה, פ"ד נו(2) 466, 474 (2001) (השופט מ' נאור); בר"ם 5711/06 חברת המגרש המוצלח בע"מ נ' עיריית תל אביב יפו – מנהל הארנונה, פס' 19 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 30.12.2009). פסק-הדין של בית-המשפט העליון מחייב את כל בתי-המשפט, ומבחינה מעשית הוא שקול לביטולו של החוק כלפי כולי עלמא. ראו: Hans Kelsen, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution*, 4 J. POL. 183, 189 (1942) ("Inasmuch as the American courts consider themselves bound by the judgments of the Supreme Court a decision of that Court refusing to apply a statute in a concrete case because of unconstitutionality has practically almost the same effect as general annulment of the statute") הגישה בארצות-הברית בעניין זה שנויה במחלוקת. ראו: 1 LAWRENCE H. TRIBE, *AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 729 (3rd ed. 2000).

37 ראו: Nelles v. Ontario, [1989] 2 S.C.R. 170 (Can.).

38 ראו להלן בעמ' 361.

39 ראו להלן בעמ' 377.

40 להוראות בטלות ראו להלן בעמ' 347.

41 ראו ברק "שמירת דינים", לעיל ה"ש 35, בעמ' 431.

חוקי-יסוד זה" היא הרשות השופטת. כנגד חובתה זו של הרשות השופטת עומדת זכות של הנפגע לסעד חוקתי.

תורת הסעדים בגין פגיעה בזכות חוקתית היא תורה חוקתית. כאשר אחת מהזכויות הקבועות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נפגעת, אנו רואים את בעל הזכות הנפגעת גם כבעל זכות חוקתית לסעד. זכותו החוקתית של בעל הזכות לסעד היא זכות יחסית באופייה, וניתן לפגוע בה אם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. בכך אנו מכירים באפשרות שהסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית לא יממש את מלוא תכליתו של הסעד. אכן, תורת הסעדים החוקתיים מבוססת על מתח טבעי. זהו מתח בין תכליתו של הסעד החוקתי להעניק לבעל הזכות החוקתית שנפגעה סעד אפקטיבי אשר יאשש את חוקי-היסוד וירתיע מפני פגיעות בהם בעתיד לבין המגבלות בנוגע למימושה של תכלית זו. מגבלות אלה משקפות אף הן ערכים חוקתיים – זכויות של אחרים, האינטרס של הציבור בממשל תקין, התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות (כחלק מהעיקרון החוקתי של הפרדת רשויות) וכן מגבלותיו המוסדיות של בית-המשפט – המצדיקים פגיעה בזכות לסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית. מתח טבעי זה יוצר פער בין הזכות החוקתית הנפגעת לבין הסעד שנפסק בגין הפגיעה בה. תורת הסעדים קובעת אמת-מידה נורמטיבית להצדקת פער זה ולגיבושה של עילת תביעה לסעד חוקתי.

נקודת המוצא היא שזכות חוקתית (כגון הזכות לכבוד, הזכות לקניין או הזכות לפרטיות) נפגעת (השלב הראשון של הבחינה החוקתית) ושהפגיעה אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה (השלב השני של הבחינה החוקתית). במצב דברים זה העיון עובר לסעד החוקתי (השלב השלישי של הבחינה החוקתית). עיון זה מסיים את תחולתה של תורת שלושת השלבים בגין הפגיעה ללא צידוק בזכות חוקתית, ופותח את תחולתה של תורת שלושת השלבים בגין הזכות לסעד חוקתי. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם הזכות החוקתית לסעד נפגעת. הזכות לסעד חוקתי נפגעת אם הנפגע אינו זוכה בסעד אפקטיבי אשר מאשש את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ומרתיע מפני הפרות עתידיות. במצב דברים זה הדיון עובר לשלב השני. בשלב זה נבחנת השאלה אם יש צידוק לא להעניק לבעל הזכות לסעד חוקתי סעד חוקתי כנדרש. צידוק זה נבחן במסגרת הוראותיה של פסקת ההגבלה על-פי דיני המידתיות. במסגרת שלב שני זה של הבחינה החוקתית נבחנים העקרונות המגבילים את היקפה של הזכות החוקתית. נקבעים המצבים שבהם עקרונות אלה אינם פועלים, ומעוצבת עילת התביעה לסעד חוקתי. במצב דברים זה העיון עובר לשלב השלישי של תורת שלושת השלבים לעניין הפגיעה בזכות לסעד חוקתי. זהו השלב של קביעת הסעד הקונקרטי במקרה הנידון לפני בית-המשפט. כך, למשל, בשלב זה נקבעים התנאים להכרזה על בטלות החוק הפוגע או להימנעות מהכרזה זו; בשלב זה נקבע אם הרשות השלטונית הפוגעת חייבת להעניק לנפגע סעד כספי, ואם כן – מה גובהו.

בכל שיטת משפט קיימת מערכת של סעדים חוקתיים שהוכרו בעבר על-ידי בתי-המשפט. עם זאת, אל לו לבית-המשפט להצטמצם במערכת הקיימת בלבד. בקביעת הסעדים החוקתיים על בית-המשפט לגלות נכונות ליצור סעדים חדשים שיהיה בהם כדי

לממש את מטרותיו של הסעד החוקתי.⁴² עליו לגלות נכונות לצאת מהמסגרות הקיימות כדי לממש את חובתו "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".⁴³ ברשימתי אדון בכל אחד מששת עקרונות-היסוד שעליהם עמדתי, ואסיים בהדגמת הפעלתם של עקרונות אלה בשלושה סוגים של סעדים חוקתיים: סעד המכריז כי חוק שפגע בזכות חוקתית הוא בטל,⁴⁴ וסעדים של פיצויים והשבה בגין פגיעה בזכות החוקתית.⁴⁵

פרק א: הזכות לסעד חוקתי בזכות חוקתית

1. מהותו של הסעד החוקתי

סעד חוקתי מניח כי זכות חוקתית נפגעה. לשם כך על בית-המשפט לקבוע את היקפה של הזכות החוקתית ואת הפגיעה בה. טלו פגיעה שנעשתה בהסכמת הנפגע. לעיתים היקפה של הזכות החוקתית מותנה בהעדר הסכמה ("אין נכנסים לרשות היחיד של אדם שלא בהסכמתו")⁴⁶, כלומר, ההסכמה היא חלק מגדריה של הזכות; ולעיתים ההסכמה עושה את הפגיעה בזכות לפגיעה של "מה בכך" (de minimis).⁴⁷ במצבים אלה לא משתכלל השלב הראשון של הבחינה החוקתית בגין הפגיעה בזכות החוקתית, וממילא אין מקום לסעד חוקתי. גם כאשר יסוד ההסכמה אינו מונע פגיעה בזכות החוקתית, הוא עשוי להשפיע על השאלה אם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה; ההסכמה עשויה להשפיע על האיזון הראוי בין הפגיעה בזכות לבין הצידוק לה. כאשר קיים צידוק לפגיעה בזכות החוקתית, אין מקום לסעד חוקתי. רק כאשר חרף ההסכמה אין צידוק לפגיעה, הבחינה החוקתית עוברת לשלבה השלישי, הוא שלב הסעד החוקתי. כאן מסתיים המעגל התלת-שלבי של הפגיעה בזכות החוקתית, ומתחיל המעגל התלת-שלבי של הפגיעה בזכות לסעד חוקתי. באופן דומה, טלו תשלום פיצויים לנפגע.⁴⁸ לעיתים תשלום הפיצויים מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה בכל הנוגע בפגיעה בזכות החוקתית. במצב דברים זה הפיצויים אינם סעד חוקתי; הם אמצעי למניעת הצורך להיכנס לבחינת הזכות לקבלת סעד חוקתי. אולם לעיתים תשלום פיצויים הוא סעד

42 ראו: ALLAN R. BREWER-CARÍAS, CONSTITUTIONAL COURTS AS POSITIVE LEGISLATORS: A COMPARATIVE LAW STUDY (2011).

43 ראו ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

44 ראו להלן בעמ' 347.

45 ראו להלן בעמ' 375 ו-414, בהתאמה.

46 ס' 7(ב) לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

47 על פגיעה של "מה בכך" ראו בג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241 (1999). ראו גם

ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 137.

48 ראו להלן בעמ' 375.

חוקתי. זאת, כאשר זכות חוקתית נפגעה, לא התקיימו תנאיה של פסקת ההגבלה, ובמסגרת השלב הראשון של הבחינה החוקתית של הפגיעה בזכות לסעד חוקתי נקבע כי סעד של פיצויים הוא הסעד הראוי, והוא אכן נפסק על-ידי בית-המשפט, הקובע את עילת התביעה לפסיקתם.

הגדרתנו לסעד חוקתי מקיפה כל תגובה שיפוטית על מצב שבו נורמה תת-חוקתית פגעה בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. על-כן בגדריו של הסעד החוקתי נכלל המקרה שבו בית-משפט מצהיר על בטלותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. לעומת זאת, הצהרה של בית-המשפט כי החוק הפוגע מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה אין בה משום סעד חוקתי. הסעד החוקתי קיים מקום שנעשתה פעולה לא כדין המחייבת תגובה שיפוטית הולמת. על-כן, בגדר הסעד החוקתי נכלל ציווי של בית-המשפט המורה לרשות שלטונית אשר פגעה בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה לפעול בדרך מסוימת, להימנע מפעולה או לשלם פיצויים.

דיני הנזיקין מטילים בתנאים מסוימים אחריות על-פי פקודת הנזיקין⁴⁹ על עובד של רשות ציבורית⁵⁰ ועל הרשות הציבורית עצמה.⁵¹ כאשר בית-המשפט פוסק כי בוצעה עוולה לפי פקודת הנזיקין וקובע פיצויים בגינה, אין הוא קובע סעד חוקתי; הוא מעניק סעד בגדרי המשפט הפרטי ועל-פי עילה המעוגנת בפקודת הנזיקין.⁵² הפיצויים מהווים סעד חוקתי רק כאשר הם ניתנים בגדרי המשפט הציבורי (החקוק או ההלכתי) על-פי עילת תביעה המוכרת במשפט הציבורי. עילת תביעה זו מניחה כי זכות חוקתית נפגעה, כי הפגיעה בה אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה, וכי הסעד החוקתי הראוי הוא פיצויים.⁵³

שאלה מעניינת היא מה דינו של כלל הפרשנות שלפיו יש לפרש חוק באופן התואם את החוקה.⁵⁴ האם יש לראות בכלל זה משום סעד חוקתי? נראה לנו כי יש להבחין בין פעילות שיפוטית-פרשנית על-פי כללי הפרשנות הרגילים של החקיקה – המפרשים את

49 פקודת הנזיקין [נוסח חדש] (להלן: פקודת הנזיקין).

50 ראו ס' 7ב לפקודת הנזיקין.

51 ראו ס' 7ג לפקודת הנזיקין.

52 ההנחה היא כי דיני הנזיקין, הפוגעים בזכויות חוקתיות של האדם כלפי הרשויות השלטוניות, הם חוקתיים. בישראל אין לסתור הנחה זו בכל הנוגע בדיני הנזיקין שנחקקו לפני 1992. ראו ס' 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו גם ברק "שמירת דינים", לעיל ה"ש 35.

53 ראו להלן בעמ' 395.

54 ראו בג"ץ 4562/92 **זנדרבג נ' רשות השידור**, פ"ד נ(2) 793, 810 (1996) (הנשיא א' ברק); בג"ץ 5503/94 **סגל נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נא(4) 529, 550 (1997); בג"ץ 5239/11 **אבנרי נ' הכנסת**, פס' 42 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר ופס' 6 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל (פורסם בנבו, 15.4.2015); בג"ץ 3809/08 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל**, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (פורסם בנבו, 28.5.2012); אהרן ברק **פרשנות במשפט כרך שני** – פרשנות החקיקה 484 (1993). ראו גם: LOURENS DU PLESSIS, RE-INTERPRETATION OF STATUTES 141 (2002).

לשון החוק על-פי תכליתו – לבין פעילות שיפוטית אשר חורגת מכללים אלה ויוצרת דיני פרשנות מיוחדים לאותה חקיקה הפוגעת בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. הפעילות הראשונה (על-פי כללי הפרשנות הרגילים) היא פעילות שיפוטית רגילה בהבנת טקסט חקיקתי, ואין לראות בה סעד חוקתי. על-כן הכלל כי מבין שני פירושים של חקיקה נתונה על השופט לבחור באותו פירוש שאינו מעורר בעיה חוקתית אינו חלק מדיני הסעדים החוקתיים; הוא חלק בלתי-נפרד מהכללים הרגילים לפירוש חוקים.⁵⁵ הוא חל לגבי כל חוק, והוא אינו מוגבל אך לחוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. הוא אינו מחייב קביעה שיפוטית כי החוק פגע בזכות חוקתית ללא צידוק ועל-כן הוא אינו חוקתי; נהפוך הוא – הפירוש בהתאם לחוקה נועד למנוע את אי-חוקתיותו של החוק ואת הצורך בהכרזה על אי-חוקתיותו, העלולה לגרור הכרזה על בטלותו. הפעילות השנייה (פרשנות מיוחדת וחריגה לחוקים הפוגעים בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה) מעוררת את השאלה אם הפרשנות החורגת מהכללים הרגילים – כגון פרשנות שאין לה בסיס במובן המפורש או המשתמע של לשון החוק – היא חלק מכללי הפרשנות (ועל-כן אין לראותה כסעד חוקתי) או שמא יש לראותה כפעילות שיפוטית לבר-פרשנית האפשרית רק מקום שהחוק פוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. במקרה זה יש לראותה כחלק מתורת הסעדים החוקתיים.⁵⁶ על-פי גישה זו, אין לעשות בו שימוש אלא מקום שביט-המשפט קובע כי פגיעתו של החוק בזכות חוקתית אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. לדעתנו, אין אפשרות להצדיק את הפרשנות המיוחדת והחורגת על-פי כללי הפרשנות הרגילים. היא מהווה סעד מיוחד שניתן לנקוט רק אם יכריז בית-המשפט על החוק הפוגע כבלתי-חוקתי ויימנע מהכרזה על בטלותו, על-ידי מתן מובן לבר-פרשני מיוחד ותוכן חורג.

2. המקורות החוקתיים לזכות לסעד חוקתי

מהו מעמדו הנורמטיבי של הסעד החוקתי? מהו "מיקומו" במדרג הנורמטיבי?⁵⁷ האם

55 השאלה שלפנינו מעוררת מחלוקת קשה במשפט האנגלי, במסגרת פירושו של ס' 1(3) ל- Human Rights Act 1998, הקובע: "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights". בית-הלורדים ראה בכך הוראה באשר לסעד ("prime remedial measure") – ראו: Ghaidan v. Godin-Mendoza [2004] 2 AC 557, para. 46 (U.K.) (Lord Steyn); AILEEN KAVANAGH, CONSTITUTIONAL REVIEW UNDER THE UK HUMAN RIGHTS ACT 25 (2009) לעומת זאת, יש הסבורים כי ס' 1(3) האמור אינו עוסק בדיני הסעד, אלא בכללי הפרשנות להבנת הטקסט המשפטי. ראו: T.R.S. ALLAN, THE SOVEREIGNTY OF LAW: FREEDOM, CONSTITUTION, AND COMMON LAW 202 (2013).

56 ראו להלן בעמ' 353. ראו גם: Eric S. Fish, *Constitutional Avoidance as Interpretation and as Remedy*, 114 MICH. L. REV. 1275 (2016).

57 על המדרג הנורמטיבי ראו פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 510–511.

לאדם אשר זכותו החוקתית נפגעה מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה יש זכות חוקתית לסעד חוקתי או שמא זכותו לסעד חוקתי היא זכות תת-חוקתית? תשובתנו היא כי לכל בעל זכות חוקתית המעוגנת בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם נתונה גם זכות חוקתית לסעד חוקתי בגין פגיעה בזכותו שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. על-פי גישה זו, הסעד הוא זכותו החוקתית של הנפגע. מעמדו של סעד זה במדרג הנורמטיבי הוא מעמד של זכות חוקתית.

שניים הם המקורות החוקתיים העיקריים של הזכות החוקתית לסעד. המקור הראשון הוא הזכות החוקתית הנפגעת עצמה. הסעד החוקתי נגזר מהזכות החוקתית עצמה. המקור השני נגזר מחובתו של בית-המשפט לכבד את הזכות החוקתית. הזכות לכיבוד היא גם הזכות לסעד חוקתי מקום שזכות חוקתית נפגעה ללא צידוק. מקורות חוקתיים אלה מבססים את הגישה שלפיה לכל אדם יש זכות חוקתית לקבל סעד חוקתי בגין פגיעה לא כדין בזכותו החוקתית. זכות חוקתית זו קשורה בקשר הדוק לזכות נוספת, והיא זכות הגישה לערכאות.⁵⁸ אחד מהיבטיה של זכות זו, אשר משתמע לדעתנו מהמבנה החוקתי,⁵⁹ הוא הזכות לקבל סעד בגין פגיעה לא כדין בזכות חוקתית. מה הטעם בזכות לפנות לבית-המשפט אם לא נגזרת ממנה האפשרות לממש את הזכות לסעד חוקתי בבית-המשפט? אכן, בין זכות הגישה לבית-המשפט בגין פגיעה בזכות חוקתית לבין הסעד הניתן בגין פגיעה זו על-ידי בית-המשפט קיים קשר פנימי הדוק.⁶⁰

בשני החלקים הבאים נדון ביתר הרחבה בשני המקורות החוקתיים האמורים של הזכות החוקתית לסעד.

3. "מקום בו הזכות – שם הסעד"

מקור חוקתי מרכזי המונח ביסוד הזכות החוקתית לסעד חוקתי הוא כאמור הזכות החוקתית הנפגעת. משהכירו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם בזכות חוקתית, הם הכירו במפורש⁶¹ גם בזכות חוקתית לקבל סעד חוקתי.⁶² כאשר זכותו החוקתית של אדם

58 על זכות הגישה לבית-המשפט ראו אהרן ברק "זכות הגישה למערכת השיפוטית" **ספר שלמה לוי** 31 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013). ראו גם יגאל מרזל "זכות הערעור או ערעור בזכות? סעיף 17 לחוק יסוד: השפיטה ומהותו של ערעור" **ספר שלמה לוי** 141 (אשר גרוניס, אליעזר ריבלין ומיכאל קרייני עורכים, 2013).

59 ראו ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 590.

60 ראו: DINAH SHELTON, REMEDIES IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (3rd ed. 2015).

61 ההכרה היא מפורשת, ולא משתמעת. על הבחנה זו ראו ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 590.

62 ראו עמנואל גרוס "תרופות חוקתיות" **משפט וממשל** ד 433, 440 (1998) ("חוק-היסוד אינו מפרט מהן התרופות שמוסמך בית-המשפט להעניק למי שזכותו החוקתית הופרה, אולם מהוראותיו משתמע, כי בית-המשפט אכן מוסמך לתת תרופות חוקתיות").

נפגעה, קמה ועומדת לו זכות חוקתית לתרופה מתאימה, אשר בית-המשפט מוסמך להעניק לו אותה. ניתן לראות בזכות לסעד זכות-בת של כל אחת מזכויות-האדם שחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מכירים בהן.⁶³ "זכותו המהותית של אדם לכבוד יולדת זכות-בת לקבלת סעד בבית-משפט, כל אימת שאותו כבוד נפגע."⁶⁴ אגד הזכויות המהווה את זכות-האדם החוקתית כולל זכות-בת לסעד חוקתי במקרה של פגיעה ללא צידוק בזכויות-הבת האחרות וממילא בזכות-האדם עצמה. "משנפגע הקניין בדרך של הוראה מפורשת... קמה ועולה זכות יסוד נוספת, והיא הזכות לפיצוי הוגן."⁶⁵ "בסמוך לשלילת קניין או לגריעה מקניין נולדה תביעה לפיצוי."⁶⁶ גישה זו אינה מיוחדת לפגיעה בזכות החוקתית לקניין. היא גם אינה מיוחדת לפגיעה בזכות חוקתית. היא בעלת תחולה כללית.⁶⁷ על-פיה פגיעה בזכות מעמידה לנפגע זכות לסעד: "*ubi jus, ibi remedium*";⁶⁸ "הלך הסעד אחר הזכות";⁶⁹ "הסעד הוא פונקציה של הזכות";⁷⁰ "מקום שם הזכות – שם הסעד";⁷¹ "משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה";⁷² "פגיעה בזכות החוקתית גוררת בעקבותיה מתן תרופה".⁷³ העדר הוראה עצמאית בעניין הסעד החוקתי במסגרת חוק-היסוד "אינה מהווה הסדר שלילי לעניין ההכרה בסעדים שתכליתם להגן על הזכויות המוגנות בו".⁷⁴

גישה זו עוברת כחוט-השני במשפט המשווה. עמד עליה נשיא בית-המשפט העליון של הודו:

-
- 63 למושגיות של "זכות-אדם" ו"זכות-בת" ראו ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 303.
- 64 ע"א 3077/90 **פלוגית נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (1995) (השופט מ' חשין).
- 65 ע"א 377/79 **פייצר נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רמת-גן**, פ"ד לה(3) 645, 656 (1981) (השופט א' ברק).
- 66 ע"א 4809/91 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, ירושלים נ' קהתי**, פ"ד מח(2) 190, 201–202 (1994) (השופט מ' חשין).
- 67 ראו פרשת **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 589.
- 68 על אמירה זו ראו: Michael Bishop, *Remedies, in* CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA 9-6 (Stuart Woolman, Michael Bishop & Jason Brickhill eds., 2nd ed. 4th rev. 2012).
- 69 ע"א 700/89 **חברת החשמל לישראל בע"מ נ' מליכו ישראל בע"מ**, פ"ד מז(1) 667, 687 (1993) (השופט מ' חשין) (להלן: פרשת **מליכו**). ראו גם פרשת **פלוגית נ' פלוני**, לעיל ה"ש 64, בעמ' 593 ("יילך הסעד אחר הזכות") (השופט מ' חשין).
- 70 ע"א 579/83 **זונשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין**, פ"ד מב(2) 278, 292 (1988) (השופט א' ברק).
- 71 בג"ץ 1921/94 **סוקר נ' הוועדה לבנייה למגורים ולתעשייה, מחוז ירושלים**, פ"ד מח(4) 237, 261 (1994) (השופט מ' חשין).
- 72 פרשת **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 590.
- 73 בג"ץ 6218/93 **כהן נ' לשכת עורכי הדין**, פ"ד מט(2) 529, 539 (1995) (הנשיא מ' שמגר).
- 74 ע"פ 5121/98 **יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי**, פ"ד סא(1) 461, 544 (2006) (השופט ד' ביניש).

"[I]t is meaningless to confer fundamental rights without providing an effective remedy for their enforcement, if and when they are violated. A right without a remedy is a legal conundrum of a most grotesque kind."⁷⁵

עיקרון משפטי זה מעוגן במשפט המקובל האנגלי.⁷⁶ הוא היווה בסיס לפסיקתו של בית-המשפט העליון האמריקאי בפרשת *Marbury v. Madison* משנת 1803,⁷⁷ שבה פירש בית-המשפט את החוקה האמריקאית – אשר נעדרת הוראה שמובנה המפורש הוא סעד חוקתי במקרה של פגיעה בהוראות החוקה – באופן שמשמעת ממנה הסמכה של בית-המשפט להעניק סעד חוקתי של בטלות חוק הפוגע בהוראות החוקה. בהקשר זה כתב הנשיא מרשל (Marshall):

"The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right."⁷⁸

על-פי גישה זו, מקום שקיימת זכות חוקתית מצוי גם סעד חוקתי. זכות חוקתית ללא סעד חוקתי כמוה כאדם ללא צל.⁷⁹ לעניין זה אין צורך בהוראה מיוחדת בחוקי-היסוד

75 *Fertilizer Corporation Kamgar Union v. Union of India*, (1981) 1 SCC 568, 574.
76 אהרן ברק **פרשנות במשפט** כך שלישי – פרשנות חוקתית 779 (1994) (להלן: ברק **פרשנות חוקתית**). ראו גם: *Ashby v. White*, (1703) 92 E.R. 125, 136 ("If the plaintiff has a right, he must of necessity have a means to vindicate and maintain it, and a remedy if he is injured in the exercise or enjoyment of it, and indeed it is a vain thing to imagine a right without a remedy; for want of right and want of remedy are reciprocal... Where a man has but one Attorney General v. remedy to come at his right, if he loses that he loses his right") *Chapman* [2012] 1 NZLR 462 (N.Z.); COLIN TURPIN & ADAM TOMKINS, *BRITISH GOVERNMENT AND THE CONSTITUTION* 109 (7th ed. 2011). כן ראו עניין *Nelles*, לעיל ה"ש 37, בעמ' 196.

77 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).
78 שם, בעמ' 163. הנשיא מרשל מצטט את בלקסטון (Blackstone), שגרס כי "it is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy, by suit or action at law, whenever that right is invaded". 3 WILLIAM BLACKSTONE, *COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND* 23 (1765–1769). ראו: Tracy A. Thomas, *Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy Under Due Process*, 41 SAN DIEGO L. REV. 1633 (2004). ראו גם: *Kendall v. United States ex rel. Stokes*, 37 U.S. 524, 624 (1838). שלפיו זכות ללא תרופה היא "a monstrous absurdity".

79 ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 780. ראו: Barry Friedman, *When Rights Encounter Reality: Enforcing Federal Remedies*, 65 S. CAL. L. REV. 735 (1992) ("Without an available and enforceable remedy, a right may be nothing more than a nice idea").

בעניין הסעד החוקתי. הסעד החוקתי הוא זכות-בת של זכויות-האם הקבועות במפורש בחוקי-היסוד. ככל זכות-בת, גם הסעד החוקתי הוא זכות מפורשת הנגזרת מזכויות-האם שיש להן קיום עצמאי בחוקי-היסוד.⁸⁰ משהכירו חוקי-היסוד בזכויות-אם חוקתיות, הם הכירו בהבטחת אכיפתן על-ידי בית-המשפט, כלומר, בסעדים חוקתיים. זה הדין בישראל,⁸¹ וזה הדין במשפט המשווה.⁸² זכות אינה קיימת בחלל ריק. צמוד לה סעד שיפוטי האוכף אותה.⁸³ בעבר רווחה התפיסה כי הסעד יוצר את הזכות, וכי התרופה מגבשת את הזכות (*ubi remedium, ibi jus*). עתה נהפכו היוצרות, וכדין כך. קיומה של הזכות החוקתית היא היוצרת את הסעד החוקתי. קיומה של זכות מחייב קיומה של תרופה.⁸⁴ "הסעד הוא פונקציה של הזכות".⁸⁵ כדברי השופט הרלן (Harlan) בפרשת *Bivens*:

"[C]ontemporary modes of jurisprudential thought... appeared to link 'rights' and 'remedies' in a 1:1 correlation..."⁸⁶

את הגישה הזו נקט בית-המשפט העליון לעניין הסעדים החוקתיים העוסקים בתוקפה של נורמה משפטית תת-חוקתית (חוק או משפט מקובל) הפוגעת לא כדין בזכות חוקתית;⁸⁷ לעניין פסילת ראייה שפגעה בזכויות חוקתיות של הנאשם;⁸⁸ ואף

80 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 312.

81 ראו פרשת בנק המזרחי המאוחד, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418.

82 ראו: Walter E. Dellinger, *Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword*, 85 HARV. L. REV. 1532, 1534 (1972): "As Chief Justice Marshall expressed it: 'The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.' Once substantive legal norms have been declared to be in the Constitution, there is much to be said for a judicial prerogative to fashion remedies that give flesh to the word and fulfillment to the promise those norms embody"

83 ראו: Carey v. Phipps, 435 U.S. 247, 254 (1978) ("Rights, constitutional and otherwise, do not exist in a vacuum. Their purpose is to protect persons from injuries to particular interests, and their contours are shaped by the interests they protect")

84 ראו: Paul Gewirtz, *Remedies and Resistance*, 92 YALE L.J. 585 (1983). ראו גם Friedman, *When Rights Encounter Reality*, לעיל ה"ש 79, בעמ' 736 ("Discussing rights in the abstract is interesting; our commitment to those rights is tested, however, when it comes time to bear the cost of enforcement")

85 ראו פרשת וונגשטיין, לעיל ה"ש 70, בעמ' 292 (השופט א' ברק).

86 Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics, 403 U.S. 388, 401, n. 3 (1971).

87 ראו להלן בעמ' 347.

88 פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 74, בעמ' 554.

לעניין הסעד של פיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית.⁸⁹ בפרשת **המועצה האזורית חוף עזה**⁹⁰ טענה המדינה כי אין מקום לתביעת פיצויים של המפונים מהמועצה האזורית חוף עזה בעקבות תוכנית ההתנתקות אלא במסגרת חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005 (להלן: חוק יישום ההתנתקות). טענה זו נדחתה על-ידי בית-המשפט העליון, תוך הפניה אל הכלל כי הסעד הוא פונקציה של הזכות. צוין כי "לפי תפיסה זו, משהופרה זכות חוקתית יש להכיר בסעד חוקתי הנגזר ממנה. כך הדין למשל בארצות-הברית לעניין הפרת הזכויות הקבוצות במגילת הזכויות האמריקנית... אין סיבה שלא להכיר בדין דומה בישראל".⁹¹ עם זאת, לעניין הזכות החוקתית לקבלת סעד של פיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית ציין בית-המשפט העליון כי "המסגרת המשפטית הכללית טרם הגיעה לגיבוש מלא".⁹²

4. החובה לכבד את הזכויות החוקתיות

מקור נוסף לתפיסה כי לכל אדם אשר זכותו החוקתית נפגעה ללא צידוק יש זכות חוקתית לקבל סעד חוקתי מעוגן בפסקת הכיבוד. על-פיה:

"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה."⁹³

מכוחה של חובה זו, על כל רשות שלטונית לקבוע, בגדר סמכותה, מערכת של דינים שעל-פיהם כאשר רשות שלטונית פוגעת בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה, נתונה לנפגע זכות שהרשויות השלטוניות יכבדו את זכויותיו לפי חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. זכות זו היא ברמה חוקתית. היא זכות-אם. אחת מזכויות-הבט שלה היא הזכות שהרשות השלטונית תקבע מערכת של סעדים המגשימים את מטרותיו של הסעד החוקתי. דינים אלה עשויים להיקבע בחוק או בחוק. בהעדרם החובה לקובעם מוטלת על הרשות השופטת עצמה. אכן, אם הרשות השופטת – כאחת מרשויות השלטון החייבות לכבד את הזכויות החוקתיות⁹⁴ – לא תקבע מערכת דינים המעניקה סעד חוקתי לאדם שזכותו החוקתית נפגעה על-ידי רשות שלטונית, אזי היא עצמה לא תכבד את הזכויות החוקתיות ותפוך את חובתה שלה. כנגד חובתה של הרשות השופטת לכבד את הזכות החוקתית שנפגעה, על-ידי קביעת אמות-מידה לסעד חוקתי, עומדת

89 ראו להלן בעמ' 375.

90 פרשת **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 590.

91 שם.

92 שם. ראו גם ע"א 7703/10 **ישועה נ' מדינת ישראל – מנהלת סל"ע**, פס' 20 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור (פורסם בנבו, 18.6.2014).

93 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

94 ראו פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 307 ("שלוש הן 'רשויות השלטון' – הרשות המחוקקת, הרשות המבצעת והרשות השופטת") (הנשיא (בדימ') מ' שמגר); שם, בעמ' 412 ("היא חלה על כל רשויות השלטון. היא חלה על הרשות המחוקקת, המבצעת והשופטת") (הנשיא א' ברק).

זכותו של האדם אשר זכותו החוקתית נפגעה שהרשות השופטת תקבע אמות-מידה לקבלת סעד בגין פגיעה בזכותו החוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. זכות-בת זו היא כללית. היא חלה לעניין כל הסעדים החוקתיים (כגון הכרזת בטלות, השעיית ההכרזה, ציוויים ופיצויים).⁹⁵ זכות לכיבוד היא צידה האחר של חובת הכיבוד. היא בעלת אופי חוקתי. היא מצויה במדרג החוקתי בצידה של זכות-אם חוקתית (כגון הזכות לכבוד האדם, הזכות לקניין, הזכות לפרטיות) שנפגעה.⁹⁶ עמד על כך נשיא בית-המשפט העליון של ניו-זילנד השופט קוק (Cooke) בפרשו את הוראת ס' 3 למגילת זכויות האדם של ניו-זילנד, שלפיה "by This Bill of Rights applies only to acts done... by the legislative, executive, or judicial branches of the Government of New Zealand..."

"Section 3... makes it clear that the Bill of Rights applies to acts done by the Courts. The Act is binding on us, and we would fail in our duty if we did not give an effective remedy to a person whose legislatively affirmed rights have been infringed."⁹⁷

בפרשת **בנק המזרחי המאוחד** ציין בית-המשפט העליון כי "המסורת המשפטית שלנו מחייבת את המסקנה, כי התרופה על אי-חוקתיות החוק היא בטלות, וכי הסמכות לקבוע את דבר אי החוקתיות נתונה לבתי המשפט... [גישה זו] מתבקשת מפיסקת הכיבוד הקבועה בשני חוקי היסוד... מתבקש כי גוף שמחוץ לכנסת – כלומר בית-המשפט – הוא שיכריע בשאלה אם אמנם כובדו הזכויות כקבוע בחוק היסוד".⁹⁸

95 הניתוח הוא הופלדיאני. ראו: WESLEY NEWCOMB HOFELD, SOME FUNDAMENTAL LEGAL CONCEPTIONS AS APPLIED IN JUDICIAL REASONING AND OTHER LEGAL ESSAYS 35–38 (W.W. Cook ed., 1919). ליישום של ניתוח זה בישראל ראו ע"פ 99/51 פורמסקי נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל, פ"ד 1 ו 341 (1952); וכן חיים שיין הפילוסופיה של המשפט: עיון ישראלי 363 (2008).

96 ראו ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 14.

97 Simpson v. Attorney General (Baigent's case) [1994] 3 NZLR 667, 676 (N.Z.).

98 פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 418–419 (הנשיא א' ברק).

פרק ב: הסמכות למתן סעד חוקתי

1. הוראה מפורשת למתן סעד חוקתי

הוראה כללית באשר לסמכותו של בית־המשפט ליתן סעדים חוקתיים מצויה במספר רב של חוקות.⁹⁹ דוגמה להוראה כללית מצויה בסעיף 24(1) לצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות:

"Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances."¹⁰⁰

הוראה דומה מצויה בחוקה של דרום־אפריקה, שלפיה:

"When deciding a constitutional matter within its power, a court... may make any order that is just and equitable..."¹⁰¹

הוראה זו מסמיכה את בית־המשפט להעניק סעד חוקתי, וקובעת את אמת־המידה להענקת הסעד, והיא שהסעד מתאים וצודק לדעת בית־המשפט. החוקה כוללת אף הוראה כללית באשר לסעדים חוקתיים:

⁹⁹ ראו: KEN COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE 8 (2013).
הוראות כלליות מצויות בארבעים חוקות של מדינות בארצות־הברית: Thomas R. Phillips, *The Constitutional Right to a Remedy*, 78 N.Y.U. L. REV. 1309 (2003).
הוראה כללית מצויה גם בס' 13 לאמנה האירופית לזכויות האדם בעניין הסעד הראוי לפני בתי־המשפט הלאומיים: "Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity".
הוראת ס' 41 לאמנה האירופית קובעת את הדין בעניין הסעדים הניתנים בגדריה: "If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party".
OCTAVIAN ICHIM, JUST SATISFACTION UNDER THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS (2014).

¹⁰⁰ Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the Constitution Act, 1982, *being* Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11, § 24(1) (U.K.).
¹⁰¹ S. AFR. CONST., 1996, art. 172(1) (להלן: החוקה של דרום־אפריקה).

"Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights."¹⁰²

הוראה דומה בעניין סעדים חוקתיים מצויה בחוקה של הודו. על-פיה:

"The right to move the Supreme Court by appropriate proceedings for the enforcement of the rights conferred by this Part is guaranteed."¹⁰³

הוראה אחרת בחוקה של הודו קובעת כי בית-המשפט –

"may pass such decree or make such order as is necessary for doing complete justice in any cause or matter pending before it..."¹⁰⁴

הוראה מפורשת להעניק סעד חוקתי בישראל מצויה בסעיפים 15(ג) ו-15(ד) לחוק-יסוד: השפיטה:

"(ג) בית המשפט העליון ישב גם כבית משפט גבוה לצדק; בשבתו כאמור ידון בענינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או של בית דין אחר.

(ד) מבלי לפגוע בכלליות ההוראות שבסעיף קטן (ג), מוסמך בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק –

(1) לתת צווים על שחרור אנשים שנעצרו או נאסרו שלא כדין;

(2) לתת צווים לרשויות המדינה, לרשויות מקומיות, לפקידיהן ולגופים ולאנשים אחרים הממלאים תפקידים ציבוריים על פי דין, לעשות מעשה או להימנע מעשות מעשה במילוי תפקידיהם כדין, ואם נבחרו או נתמנו שלא כדין – להימנע מלפעול;

(3) לתת צווים לבתי משפט, לבתי דין ולגופים ואנשים בעלי סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות על פי דין – למעט בתי משפט שחוק זה דן בהם ולמעט בתי דין דתיים – לדון בענין פלוני או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני, ולבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה שלא כדין;

102 ס' 38 לחוקה של דרום-אפריקה.

103 IND. CONST. art. 32(1) (להלן: החוקה של הודו). ס"ק 2 עוסק בצווים הדומים לאלה הקבועים בס' 15(ב) לחוק-יסוד: השפיטה.

104 ראו ס' 142(1) לחוקה של הודו.

(4) לתת צווים לבתי דין דתיים לדון בענין פלוני לפי סמכותם או להימנע מלדון או מלהוסיף ולדון בענין פלוני שלא לפי סמכותם; ובלבד שלא ייזקק בית המשפט לבקשה לפי פסקה זו אם המבקש לא עורר את שאלת הסמכות בהזדמנות הראשונה שהיתה לו; ואם לא היתה לו הזדמנות סבירה לעורר שאלת הסמכות עד שניתנה החלטה על ידי בית הדין הדתי, רשאי בית המשפט לבטל דיון שנתקיים או החלטה שניתנה על ידי בית הדין הדתי ללא סמכות.

הוראה זו "עניינה איננו רק בדיני הסמכות הדיונית... אלא גם בדיני הסעד המהותי".¹⁰⁵ "הסמכות של בית-משפט זה, לפי סעיף 15(ג) לחוק-יסוד: השפיטה... היא לא רק סמכות לדון בעניינים כאלה, אלא גם סמכות להושיט סעד ככל שנדרש 'למען הצדק'".¹⁰⁶ על-פי הוראה זו, "אין כל הגבלה על הסעדים שבית-משפט זה יכול להושיט לאזרח הנפגע על-ידי מעשה או מחדל של רשות ממלכתית או ציבורית. כל תרופה וכל סעד אשר יישרו בעיני בית-משפט זה והנראים לו כדרושים לעשיית צדק הם בהישג ידו".¹⁰⁷ עם זאת, סמכות לחוד ועילה לחוד.¹⁰⁸

2. הוראה משתמעת למתן סמכות להענקת סעד חוקתי

מה הדין אם חוק-יסוד אינו קובע הוראה מפורשת בעניין הסמכות להעניק סעדים חוקתיים? מה כוחו של בית-המשפט להעניק סעדים חוקתיים במצב דברים זה? הגישה המקובלת היא כי בהעדר הוראה מפורשת בחוקה (ואצלנו בחוק-היסוד) אשר מסמיכה את בית-המשפט להעניק סעדים חוקתיים יש לעגן את הסמכות להעניק סעדים חוקתיים במובנה המשתמע של לשון חוק-היסוד.¹⁰⁹ לטקסט החוקתי שני מובנים: מובן מפורש (expressed) ומובן משתמע (implied).¹¹⁰ בהעדר טקסט שניתן לשלוף ממנו מובן מפורש באשר לסמכות להעניק סעד חוקתי ניתן לשלוף מהטקסט החוקתי מובן משתמע באשר לסמכות להעניק סעד חוקתי. אין להניח כי שתקת החוקה באשר

105 בג"ץ 3511/02 עמותת "הפורום לדו קיום בנגב" נ' משרד התשתיות, פ"ד נז(2) 102, 106 (2003).

106 בג"ץ 1438/98 התנועה המסורתית נ' השר לענייני דתות, פ"ד נג(5) 337, 378 (1999) (השופט י' זמיר).

107 בג"ץ 101/74 בינוי ופיתוח בנגב בע"מ נ' שר הבטחון, פ"ד כח(2) 449, 455–456 (1974). ראו גם להלן בעמ' 403.

108 ראו בג"ץ 688/81 מיגדה בע"מ נ' שר הבריאות, פ"ד לו(4) 85, 99 (1982) ("נפרדת לחלוטין משאלת הסמכות היא שאלת העילה, כלומר, הזכות המשפטית לפיצויים") (השופט א' ברק).

109 ראו: Jonathan Klaaren, *Judicial Remedies, in CONSTITUTIONAL LAW OF SOUTH AFRICA* 9-1 (1999) ("The textual source of the remedial power of a court is not often articulated and usually simply assumed"); LISA TORTELL, *MONETARY REMEDIES FOR BREACH OF HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY* 1 (2006).

110 ראו ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 3.

לסמכות להעניק סעד חוקתי מהווה הסדר שלילי,¹¹¹ שלפיו אין מקום לסעד חוקתי שכן בית-המשפט אינו מוסמך להעניק סעד חוקתי.¹¹² על-כן גם בהעדר הוראה בחוקי-היסוד שמובנה המפורש הוא הסמכת בית-המשפט להעניק סעד חוקתי יש לפרש את הוראות חוקי-היסוד באופן שמשמעת מהם הסמכה של בית-המשפט להעניק סעדים חוקתיים. על בסיס גישה זו פסק בית-המשפט העליון בפרשת **בנק המזרחי המאוחד**¹¹³ כי מהוראותיו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו משמעת סמכותו של בית-המשפט להכריז על בטלותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. אכן, בין שחוקי-היסוד כוללים הוראה מפורשת באשר לסעד החוקתי ובין שהסעד החוקתי משתמע מלשונם של חוקי-היסוד,¹¹⁴ נקודת המוצא היא שחוקי-היסוד מכירים בזכויות חוקתיות מכירים גם בסמכותו של בית-המשפט להעניק סעדים חוקתיים. שלילתה של מסקנה זו מחייבת לדעתנו הוראה מפורשת בחוקי-היסוד. הוראה כזו תהיה שקולה כנגד הוראה השוללת ביקורת שיפוטית על חוקתיותו של חוק, על כל הבעיות החוקתיות שהיא מעוררת.¹¹⁵

פרק ג: התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי

1. מהותן של התכליות

היקפה של הזכות החוקתית לסעד חוקתי נקבע על-פי התכלית שהיא נועדה להגשים. עלינו להבחין בין השאלה מהי התכלית המונחת ביסוד הזכות החוקתית שנפגעה (כגון הזכות לכבוד האדם, הזכות לקניין והזכות לפרטיות) לבין השאלה מהי התכלית המונחת ביסוד הזכות לסעד חוקתי בגין פגיעה באותה זכות; עלינו להבחין בין תכליתה של הזכות לכבוד, לחיים, לקניין ולפרטיות לבין תכליתה של כל אחת מאותן זכויות לסעד

111 על ההסדר השלילי ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 465 (1992); אהרן ברק **פרשנות תכליתית במשפט** 107 (2003).

112 ראו פרשת **יששכרוב**, לעיל ה"ש 74, בעמ' 544 (השופט ד' ביניש).

113 ראו פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 276 ו-415–419 (הנשיא א' ברק).

114 ראו פרשת **Baigent**, לעיל ה"ש 97, בעמ' 677 (Remedies implicitly authorised by an enacted declaration of rights cannot differ in nature from remedies authorised by a generally-worded remedies clause" (Cooke P.)).

115 ראו אהרן ברק "תיקון של חוקה שאינו חוקתי" **ספר גבריאל בכ** 361 (דוד האן, דנה כהן-לקח ומיכאל בכ עורכים, 2011). ראו גם בג"ץ 8260/16 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 6.9.2017) וכן: YANIV ROZNAI, UNCONSTITUTIONAL CONSTITUTIONAL AMENDMENTS (2017).

חוקתי.¹¹⁶ שתי השאלות מקבלות תשובה על-פי התפיסה הפרשנית התכליתית.¹¹⁷ השאלה שאנו ניצבים בפניה היא מהן התכליות המונחות ביסוד הזכות החוקתית לסעד חוקתי.

התכלית העיקרית המונחת ביסוד הסעד החוקתי היא לתת סעד אפקטיבי לאדם אשר זכותו החוקתית נפגעה מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.¹¹⁸ כן נועד סעד זה לאשש (to vindicate) את חוקי-היסוד¹¹⁹ ולהרתיע מפני הפרות עתידיות.¹²⁰ תכליות אלה מונחות ביסוד הזכות לכל סעד חוקתי. אין הן מוגבלות לסעד זה או אחר. הן מבקשות לקרב ככל האפשר בין הזכות החוקתית הנפגעת לבין הסעד החוקתי במקרה של פגיעה בה.¹²¹ הן מבקשות להקטין ככל האפשר את הפער בין הזכות הנפגעת לבין התרופה בגין הפגיעה בה.¹²² נעמוד מקרוב על שלוש תכליות אלה.

2. התכלית של מתן סעד אפקטיבי לנפגע

התכלית הראשונה המונחת ביסוד הסעד החוקתי היא להעניק סעד אפקטיבי לנפגע.¹²³

116 להבחנה דומה בדיני הנזיקין בין מטרות האחריות בנזיקין לבין מטרותיהם של דיני התרופות בנזיקין ראו ישראל גלעד **דיני הנזיקין – גבולות האחריות** כרך א 78 (2012).

117 על הגישה התכליתית בעניין הסעדים ראו את דברי השופט וילסון (Wilson) בפרשת R. v. Gamble, [1988] 2 S.C.R. 595, 641 (Can.): "a purposive approach should be applied to the administration of Charter remedies as well as to the interpretation of Charter rights"

118 ראו פירוט בתת-פרק הבא.

119 ראו פירוט להלן בעמ' 323.

120 ראו פירוט להלן בעמ' 325.

121 Gewirtz, לעיל ה"ש 84, בעמ' 587: "This essay looks towards a jurisprudence of the remedial – which in large measure must be a jurisprudence of deficiency, of what is lost between Richard H. Fallon, Jr. & Daniel J. Meltzer, *New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies*, 104 HARV. L. REV. 1731, 1778 (1991)."

122 על הפער בין הזכות לסעד ראו: John C. Jeffries, Jr., *The Right-Remedy Gap in Constitutional Law*, 109 YALE L.J. 87 (1999).

123 ראו: Fose v. Minister of Safety and Security 1997 (3) SA 786 (CC), para. 69 (S. Afr.) (Ackermann J): "[A]n appropriate remedy must mean an effective remedy, for without effective remedies for breach, the values underlying and the rights entrenched in the Constitution cannot properly be upheld or enhanced" ראו גם Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-60 ("The court sees the need for effective relief as the primary goal of a remedy"), וכן את דבריו של השופט סופינקא (Sopinka) בפרשת Osborne v. Canada (Treasury Board), [1991] 2 S.C.R. 69, para. 4 (Can.): "In selecting an appropriate remedy under s. 24(1) of the Charter a court's primary concern must be to apply the measures that will best vindicate the values expressed in the Charter and to provide the form of remedy to those whose rights have been

זוהי התכלית החשובה ביותר.¹²⁴ "תכליתה העיקרית של התרופה החוקתית הינה שלילת הפגיעה בזכות החוקתית. התרופה החוקתית היא, אפוא, היפוכה של הפגיעה החוקתית. היא נועדה לשלול את אי החוקתיות שביסוד הפגיעה בזכות האדם."¹²⁵ היא נועדה לאפשר לאדם לממש את הזכות החוקתית שנפגעה. כותב בישופ (Bishop):

"Effective relief' is relief that leaves no gap between right and remedy: it makes the constitutional ideal a reality."¹²⁶

סעד הוא אפקטיבי לעניין הפגיעה בהיבט השלילי של הזכות החוקתית אם הנפגע יוכל לשוב למצב שבו היה נתון אלמלא הפגיעה בזכותו החוקתית (restitutio in integrum).¹²⁷ תוצאה זו מושגת – לעניין היבט שלילי זה – על-ידי הכרזה של בית-המשפט על בטלותו של החוק הפוגע, על-ידי מתן צו ציווי או על-ידי הענקת פיצויים לנפגע בשל פעולותיהן של הרשויות השלטוניות אשר במעשיהן או במחדליהן פגעו בזכותו החוקתית.¹²⁸ לעניין ההיבט החיובי של הזכות החוקתית הסעד הוא אפקטיבי כאשר מוטלת על הרשות השלטונית הפוגעת החובה לממש את מלוא היקפה של הזכות החוקתית.¹²⁹

3. התכלית של אישוש חוקי-היסוד

בצד התכלית של מתן סעד אפקטיבי, הסעד החוקתי נועד גם לאישוש (vindication) של חוקי-היסוד. כותב על כך השופט קריגלר (Kriegler) בפרשת Fose:

"violated that best achieves that objective") Doucet-Boudreau v. Nova Scotia Minister of Education, [2003] 3 S.C.R. 3 (Can.) פס' 25 לפסק-דין של השופטים יעקובוצ'י (Iacobucci) וארבור (Arbour) (ההדגשות במקור): "A purposive approach to remedies in a Charter context gives modern vitality to the ancient maxim ubi jus, ibi remedium: where there is a right, there must be a remedy. More specifically, a purposive approach to remedies requires at least two things. First, the purpose of the right being protected must be promoted: courts must craft responsive remedies. Second, the purpose of the remedies provision must be promoted: courts must craft effective remedies"

124 ראו פס' 25 לפסק-דין של הנשיאה מקלוקלין (McLachlin) בפרשת Vancouver v. Ward, [2010] 2 S.C.R. 28 (Can.)

125 ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 708.

126 Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-67.

127 עיקרון זה חל גם בתרופות על-פי האמנה האירופית לזכויות האדם. ראו ICHIM, לעיל ה"ש 99, בעמ' 29.

128 ראו COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 94. ראו גם: Osman v. The United Kingdom, 8 Eur. Ct. H.R. (1998) 101, para. 16.

129 ראו COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 102.

"Our object in remedying these kinds of harms should, at least, be to vindicate the Constitution... Its meaning, strictly defined, is to 'defend against encroachment or interference'. It suggests that certain harms, if not addressed, diminish our faith in the Constitution."¹³⁰

מטרת הסעד החוקתי היא להחזיר את עטרתם של חוקי-היסוד ושל הערכים החברתיים המונחים ביסודם ליושנה. תפקידו של בית-המשפט הוא להגן על חוקי-היסוד. כאשר הזכות החוקתית של הפרט מופרת, חוקי-היסוד מופרים, ועל בית-המשפט להעניק סעדים שיאששו את חוקי-היסוד. ההנחה היא כי מקום שזכות חוקתית מופרת לא רק בעל הזכות נפגע, אלא החברה כולה נפגעת. כותבת נשיאת בית-המשפט העליון של קנדה השופטת מקלוקלין (McLachlin) בפרשת *Ward* :

"Vindication focuses on the harm the infringement causes society... violations of constitutionally protected rights harm not only their particular victims, but society as a whole. This is because they 'impair public confidence and diminish public faith in the efficacy of the [constitutional] protection'... While one may speak of vindication as underlining the seriousness of the harm done to the claimant, vindication as an object of constitutional damages focuses on the harm the *Charter* breach causes to the state and to society."¹³¹

מכוחו של שיקול זה בדבר אישוש חוקי-היסוד, בית-המשפט רשאי ליתן צו הקובע כי החוק שפגע בזכות החוקתית אינו חוקתי ועל-כן בטל. כן רשאי בית-המשפט ליתן צו הצהרתי כי התנהגותה של הרשות השלטונית פגעה בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.¹³² מכוחו של אותו שיקול בדבר אישוש החוק, בית-המשפט עשוי להטיל על הרשות השלטונית חובה לפצות את הנפגע גם מקום שעובד הציבור הפוגע פעל ללא אשם או אף מקום שלא הוסב לנפגע כל נזק.¹³³ אכן, הנזק שנגרם על-ידי פגיעה בזכות חוקתית אינו אך הנזק לנפגע. פגיעה בזכות חוקתית פוגעת בחברה כולה. כאשר זכות חוקתית נפגעת ולא ניתן סעד לנפגע בגין אותה פגיעה, אמון הציבור בחוקי-היסוד נפגע.¹³⁴ על רקע זה ניתן להצדיק לעיתים הטלת פיצויים לדוגמה.¹³⁵

130 פרשת *Fose*, לעיל ה"ש 123, פס' 96.

131 פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 124, פס' 28 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין. ההפניה היא לפסק-הדין בפרשת *Fose*, לעיל ה"ש 123, פס' 82 (דבריו של השופט דידקוט (Didcott)).

132 ראו: Chris D.L. Hunt, *Constitutional Damages in the Supreme Court of Canada*, 7 (2011) CAMBRIDGE STUDENT L. REV. 115.

133 ראו להלן בעמ' 389.

134 IAIN CURRIE & JOHAN DE WAAL, *THE BILL OF RIGHTS HANDBOOK* 196 (5th ed. 2005).

135 ראו להלן בעמ' 389.

פיצויים אלה אינם נדרשים אומנם לשם החזרת המצב לקדמותו, אך הם מיועדים לאשש את חוקי-היסוד.

4. התכלית של הרתעה מפני הפרות עתידיות

פגיעה בזכות חוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה היא עניין רציני. יש למנוע את התרחשותה של פגיעה זו בעתיד. על-כן תכלית נוספת של דיני הסעדים החוקתיים – בצד מתן סעד אפקטיבי ואישוש חוקי-היסוד – היא להרתיע את הרשויות השלטוניות מפני פגיעות עתידיות בזכות החוקתית.¹³⁶ כותב השופט קריגלר בפרשת *Fose*:

"Our object in remedying these kinds of harms should, at least, be to vindicate the Constitution, and to deter its further infringement. Deterrence speaks for itself as an object..."¹³⁷

ברוח דומה כותבת הנשיאה מקלוקלין בפרשת *Ward* :

"Deterrence, like vindication, has a societal purpose. Deterrence seeks to regulate government behaviour, generally, in order to achieve compliance with the Constitution... [D]eterrence as an object of *Charter* damages is not aimed at deterring the specific wrongdoer, but rather at influencing government behaviour in order to secure state compliance with the *Charter* in the future."¹³⁸

מטרתה של ההרתעה היא להניא את הרשויות השלטוניות מלפגוע בפגיעה עתידית בזכויות החוקתיות (במעשה או במחדל). מכאן ההכרה, במקרים מסוימים, בזכות לפיצויים בגין הפגיעה בזכות החוקתית.¹³⁹ תשלום הפיצויים לנפגע על-ידי הרשות השלטונית עשוי להרתיע אותה מפני פגיעות עתידיות בזכות החוקתית.¹⁴⁰ מכאן גם ההכרה בפיצויים לדוגמה.

136 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 710.

137 ראו פרשת *Fose*, לעיל ה"ש 123, פס' 96.

138 ראו פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 124, פס' 29 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

139 ראו להלן בעמ' 389.

140 אך ראו: Daryl J. Levinson, *Making Government Pay: Markets, Politics, and the Allocation of Constitutional Costs*, 67 U. CHI. L. REV. 345 (2000). המחבר מטיל ספק בהשפעתם של תמריצים כלכליים על התנהגותה של הרשות השלטונית המנהלית.

פרק ד: הצידוק לפגיעה בזכות לסעד חוקתי

1. העקרונות החוקתיים המצדיקים פגיעה

הזכות לסעד חוקתי, ככל זכות המעוגנת בחוקי היסוד בדבר זכויות האדם, אינה זכות מוחלטת. היא אינה יכולה להתממש בכל מצב כדי מלוא היקפה. עקרונות מגבילים¹⁴¹ המהווים (במפורש או במשתמע) חלק מהמשפט החוקתי, יש בהם כדי להצדיק פגיעה בזכות לסעד חוקתי. עקרונות אלה מסבירים את הפער שבין האידיאל, המתבטא בזכות החוקתית, לבין המציאות, המתבטאת בפגיעה בה.¹⁴² שימוש מושכל בעקרונות חוקתיים אלה מבקש לממש את הזכות החוקתית ולעשותה חלק מהמציאות.¹⁴³ העקרונות המצדיקים פגיעה בזכות לסעד חוקתי אינם משפיעים על היקפה של זכות זו, אלא יש בכוחם לתת צידוק לאי-מימושה של הזכות החוקתית לסעד כדי מלוא היקפה. העקרונות המצדיקים אי-מימוש מלא של הזכות לסעד חוקתי כדי מלוא היקפה הם אלה: זכויות חוקתיות של צדדים שלישיים; האינטרס הציבורי בממשל תקין; התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות; מגבלות מוסדיות של בית-המשפט.

יטען הטוען: משנפגעה זכות חוקתית (כגון הזכות לכבוד, הזכות לקניין או הזכות לפרטיות) ולא נמצא צידוק לפגיעה, הנפגע זכאי לסעד אפקטיבי אשר יאשש את חוקי היסוד וירתיע מפני פגיעה עתידית בזכויות על-פיהם. סעד זה מכוון כלפי הרשות השלטונית שפגעה בזכות החוקתית. מה הצידוק להגבלת סעד זה על-ידי התחשבות בעקרונות המגבילים? מה הצידוק לשקילתם בעת קביעת הסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית על-ידי רשות שלטונית, בהינתן שהם אינם נשקלים בעת קביעת הסעד בגין פגיעה בזכות תת-חוקתית (כגון זכות לפי דיני החוזים, הנזיקין או הקניין) ביחסים בין הפרטים לבין עצמם?

לדעתנו, אופייה החוקתי של זכות הפרט כנגד הרשות השלטונית, והשלכותיו של הסעד החוקתי על הציבור כולו, יש בהם כדי להצדיק, מחד גיסא, התחשבות בעקרונות שיש בהם כדי ליתן סעד רחב מזה הניתן במשפט הפרטי, ומאידך גיסא יש בהם כדי להצדיק התחשבות בעקרונות המגבילים בעת עיצוב הסעד החוקתי של הפרט כנגד הרשות השלטונית. לא הרי סעד במשפט הפרטי, כאשר הוא פועל בין פרטים לבין עצמם, כהרי הסעד החוקתי, כאשר הוא פועל כלפי הציבור הרחב.

141 ראו לעיל בעמ' 305.

142 ראו Jeffries, לעיל ה"ש 122.

143 ראו Gewirtz, לעיל ה"ש 84; Fallon & Meltzer, לעיל ה"ש 121, בעמ' 1778.

2. התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים

העיקרון החוקתי של התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים עשוי להצדיק פגיעה בזכות לסעד חוקתי. הסעד החוקתי ניתן במערכת היחסים בין הנפגע לבין הרשות השלטונית שהפרה את חובתה כלפיו. עם זאת, הוא עלול לעיתים לפגוע בזכויות חוקתיות של צדדים שלישיים. בעת גיבוש הסעד החוקתי על בית-המשפט להתחשב בזכויות אלה.¹⁴⁴ טלו חוק המעניק הטבה לראובן. בית-המשפט קובע כי בכך נפגעה באופן לא-מידתי זכותה של לאה לשוויון. הסעד החוקתי הבא בחשבון הוא ביטול ההטבה לראובן. אך במה חטא ראובן? על-כן, בגיבוש הסעד החוקתי ישתדל בית-המשפט לקבוע סעד חוקתי אפקטיבי אשר ישלול את הפגיעה בזכותה החוקתית של לאה, מצד אחד, אך לא יפגע בהטבה שניתנה לראובן, מצד אחר.

3. התחשבות באינטרס של הציבור בממשל תקין

העיקרון החוקתי של התחשבות באינטרס של הציבור בממשל תקין (good governance) עשוי להוות צידוק לאי-מימוש מלא של הזכות לסעד חוקתי.¹⁴⁵ בפרשת Ward, אשר עסקה בסעד חוקתי של פיצויים, כתבה הנשיאה מקלוקלין:

"Another consideration that may negate the appropriateness of s. 24(1) damages is concern for effective governance. Good governance concerns may take different forms. At one extreme, it may be argued that any award of s. 24(1) damages will always have a chilling effect on government conduct, and hence will impact negatively on good governance. The logical conclusion of this argument is that s. 24(1) damages would never be appropriate. Clearly, this is not what the Constitution intends. Moreover, insofar as s. 24(1) damages deter Charter breaches, they promote good governance. Compliance with Charter standards is a foundational principle of good governance. In some situations, however, the state may establish that an award of Charter damages would interfere with good governance such that damages should

144 ראו Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-76. ראו גם CURRIE & DE WAAL, לעיל ה"ש 134, בעמ' 197

"[I]n constitutional cases there is 'a wider public dimension. The bell tolls for everyone.' This requires a consideration of the interests of all those who might be affected by the (order, and not merely the interests of the parties to the litigation"

145 ראו: KENT ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA 3-22 (1994).

not be awarded unless the state conduct meets a minimum threshold of gravity."¹⁴⁶

באחת הפרשות¹⁴⁷ נפסק כי דבר חקיקה אינו חוקתי. אי-החוקתיות הושעתה למשך חודשים מספר. הנפגע ביקש פיצוי על הנזק שדבר החקיקה גרם לו ממועד החקיקה ועד למועד פסק-הדין. בקשתו נדחתה. נקבע כי הרשות השלטונית פעלה על בסיס דבר החקיקה, ולא היה לה יסוד להניח כי דבר החקיקה אינו חוקתי. בנסיבות אלה הטלת חובת פיצויים על הרשות השלטונית תפגע בממשל התקין. כותב השופט גונטייה (Gonthier):

"[T]he government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the 'established and indisputable' laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded..."¹⁴⁸

על בסיס גישה זו נפסק בקנדה כי מקום שפעולתם של עובדי הרשות השלטונית לא הייתה מתוך זדון, אין לצרף לסעד של בטלות החקיקה גם סעד של פיצויים בגין התקופה שבה היה החוק בתוקף.¹⁴⁹ לעומת זאת, פסיקת פיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית שאינה כרוכה בהכרזה על בטלותו של החוק היא תרופה חוקתית ראויה, ואין בפסיקתה כדי לפגוע בממשל התקין.¹⁵⁰

4. התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות

בקביעת הסעד החוקתי על בית-המשפט להתחשב במערכת היחסים שבינו לבין הרשויות השלטוניות האחרות כחלק מהעיקרון החוקתי של הפרדת רשויות. מערכת

146 פרשת Ward, לעיל ה"ש 124, פס' 38–39 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

147 Mackin v. New Brunswick (Minister of Finance), [2002] 1 S.C.R. 405 (Can.).

148 שם, פס' 79.

149 ראו פרשת Mackin, לעיל ה"ש 147.

150 ראו להלן בעמ' 375.

יחסים זו תוארה בספרות המשפטית (בישראל¹⁵¹ ובמשפט המשווה¹⁵²) ובפסיקה כדיאלוג (או דו-שיח) בין הרשות השופטת לבין הרשויות המחוקקת והמבצעת.¹⁵³ דו-שיח זה פועל גם בשלב של הזכות לסעד חוקתי.¹⁵⁴ בשלב זה בית-המשפט כבר הגיע למסקנה כי החוק פגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. בית-המשפט מניח אפוא כי לנפגע יש זכות לסעד חוקתי. בקביעת הסעד הראוי, במסגרת מתחם הסעדים החוקתיים, נתון לבית-המשפט שיקול-דעת, שאותו ראוי להפעיל באופן המקדם את הדיאלוג החוקתי. ראוי לו לבית-המשפט לבחור סעד חוקתי שיש בו התחשבות בהסדרים של הרשויות השלטוניות האחרות, בתבניות החוקתיות שהן קבעו, בארכיטקטורה החוקתית שהן עיצבו ובתכליות שהן ביקשו להגשים.¹⁵⁵ עמד על כך בית-המשפט העליון של קנדה באחת הפרשות:

151 ראו אהרן ברק **שופט בחברה דמוקרטית** 382 (2004); אהרן ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת" **מאזני משפט** ד 51 (2005); דודי זכריה **קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור** (2013).

152 Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing After All)*, 35 OSGOODE HALL L.J. 75 (1997); Christopher P. Manfredi & James B. Kelly, *Six Degrees of Dialogue: A Response to Hogg and Bushell*, 37 OSGOODE HALL L.J. 513 (1999); Peter W. Hogg & Allison A. Thornton, *Reply to "Six Degrees"*, 37 OSGOODE HALL L.J. 529 (1999); KENT ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL: JUDICIAL ACTIVISM OR DEMOCRATIC DIALOGUE* (2001); Carissima Mathen, *Constitutional Dialogue in Canada and the United States*, 14 NAT'L J. CONST. L. 403 (2003).

153 ראו פרשת **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 748; בג"ץ 5364/94 **ולנר נ' יושב-ראש מפלגת העבודה הישראלית**, פ"ד מט (1) 758, 791 (1995); בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת**, פס' 1 לפסק-דינו של השופט י' עמית ופס' 22 לפסק-דינה של הנשיאה מ' נאור (פורסם בנבו, 11.8.2015); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה (2) 1, פס' 42 לפסק-דינו של השופט (בדימ') א' א' לוי (2012); בג"ץ 3752/10 **רובינשטיין נ' הכנסת**, פס' 4 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 17.9.2014).

154 ראו בל יוסף "הדיאלוג החוקתי בישראל: שתי נקודות מבט" (הרצאה במסגרת סדנת החוקרים הצעירים הראשונה של העמותה למשפט ציבורי, המרכז הבינתחומי הרצליה, 17.5.2017). ראו גם ROACH, *CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA*, לעיל ה"ש 145, בעמ' 3-3 ("Courts may also engage in remedial dialogue by suspending declarations of invalidity or inviting the parties to submit remedial proposals before approving final remedies"). ראו גם **שם**, בעמ' 32, וכן: Kent Roach, *Remedial Consensus and Dialogue Under the Charter: General Declarations and Delayed Declarations of Invalidity*, 35 U.B.C. L. REV. 211 (2002).

155 Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 73-9. ראו גם ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 488. כן ראו: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Home Affairs* 2000 (2) SA 1 (CC) (S. Afr.), פס' 66 לפסק-דינו של השופט אקרמן. על הדיאלוג שבין הרשות השופטת לבין הרשויות האחרות ראו ברק "שותפות ודיאלוג בין הרשות המחוקקת והמבצעת לבין הרשות השופטת", לעיל ה"ש 151; ROACH, *THE SUPREME COURT ON TRIAL*; לעיל ה"ש 152; Kent

"[A] court ordering a *Charter* remedy must strive to respect the relationships with and separation of functions among the legislature, the executive and the judiciary... [T]he courts must not... depart unduly or unnecessarily from their role of adjudicating disputes and granting remedies that address the matter of those disputes."¹⁵⁶

כיבוד מערכת היחסים עם הרשויות האחרות מעורר מגוון של שאלות במסגרת הסעד החוקתי. כך, למשל, באילו נסיבות ראוי שבית-המשפט יקרא לתוך החוק (reading in) הסדרים שאינם מצויים בו?¹⁵⁷ או יפריד (severance) בין החלק הבלתי-חוקתי לחלק החוקתי כדי למנוע את ההכרזה על בטלותו של החוק כולו?¹⁵⁸ באילו מצבים ראוי שבית-המשפט ישעה את תוצאות הכרזת הבטלות?¹⁵⁹ מתי ראוי שבית-המשפט יעניק צווים המחייבים את המחוקק לממש את חובתו להגן על זכויות חוקתיות?¹⁶⁰ מתי ראוי שבית-המשפט יחייב את הרשות המבצעת לבצע פעולות המתקנות פגמים שיטתיים?¹⁶¹ באילו נסיבות ראוי להטיל על הרשויות השלטוניות את החובה לשלם פיצויים לנפגע? התשובה לשאלות אלה תלויה בנסיבות. **מחד גיסא**, ברור כי מקום שחוק פוגע בזכות חוקתית, על בית-המשפט לקבוע את הסעד החוקתי הראוי, ועקרון הפרדת הרשויות מחייב זאת. עקרון הפרדת הרשויות אינו יכול למנוע את הרשות השופטת מליתן סעד חוקתי ראוי.¹⁶² בלשונה של השופטת אוריגן (O'Regan):

"The doctrine of the separation of powers is an important one in our Constitution but I cannot see that it can be used to avoid the obligation of a court to provide appropriate relief that is just and equitable to litigants who successfully raise a constitutional complaint."¹⁶³

מאידך גיסא, במסגרת השיקולים שבית-המשפט חייב לשקול עליו להתחשב בהעדפותיו של המחוקק. ושוב בלשונה של השופטת אוריגן בפרשה אחרת:

Roach, *Constitutional and Common Law Dialogues Between the Supreme Court and Canadian Legislatures*, 80 CAN. B. REV. 481, 517–530 (2001).
 156 פרשת *Doucet-Boudreau*, לעיל ה"ש 123, פס' 56 לפסק-דינם של השופטים יעקובוצ'י וארבור.
 157 ראו להלן בעמ' 353.
 158 ראו להלן בעמ' 350.
 159 ראו להלן בעמ' 367.
 160 ראו ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 14, בעמ' 48.
 161 ראו להלן בעמ' 345.
 162 ראו Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-73.
 163 *Minister of Home Affairs v. Fourie* 2006 (1) SA 524 (CC), para. 170 (S. Afr.)

"It would be inappropriate for this Court to seek to remedy the inconsistency in the legislation under review. The task of determining what guidance should be given to the decision-makers, and in particular, the circumstances in which a permit may justifiably be refused, is primarily a task for the legislature and should be undertaken by it. There are a range of possibilities that the legislature may adopt to cure the unconstitutionality."¹⁶⁴

על-כן, כאשר הרשות המחוקקת קובעת מערכת הסדרים חקיקתיים הפוגעת ללא צידוק בזכות חוקתית, ראוי שבית-המשפט ישקול הכרזה על בטלותה של החקיקה הפוגעת, ואל לו לקבוע – בדרך של הפרדה בין חלקו הבלתי-חוקתי של החוק לבין חלקו החוקתיים – הסדרים הנוגדים את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החקיקתי הקיים. התחשבותו של בית-המשפט ביחסיו עם הרשות המחוקקת עשויה להובילו להעדפת הכרזה על בטלותו של החוק על ניתוח בגוף החוק, אם הניתוח נוגד את תכלית החקיקה. ברוח דומה, ראוי שבית-המשפט ישקול השעיה של הכרזת הבטלות,¹⁶⁵ כדי לאפשר למחוקק – אשר קבע את ההסדר הבלתי-חוקתי שבית-המשפט הכריז על בטלותו – לקבוע הסדר חוקתי אחר תחתיו.

5. התחשבות במגבלותיו המוסדיות של בית-המשפט

בקביעת סעד חוקתי על בית-המשפט להתחשב במגבלותיו המוסדיות. בצדק ציין בישופ כי "the nature of the court as an institution may make it unsuitable or unable to carry out certain tasks"¹⁶⁶ על מגבלות אלה עמדנו במקום אחר. בהקשר של הסעד החוקתי ציינו:

"בית המשפט הוא מוסד סבוך. הוא נהנה מיתרונות של עצמאות ואי-תלות והוא חשוף לחסרונות הקשורים במהות התפקיד השיפוטי. האמצעים העומדים לרשות בית המשפט הם דלים; בית-המשפט מוגבל באפשרויות העומדות לרשותו במתן סעד ובפיקוח על ביצועו, והמידע העומד לרשותו הוא מוגבל. כל אלה מקשים על גיבושו של סעד חוקתי ראוי."¹⁶⁷

מתן סעד של הצהרה על בטלות חוק או מתן סעד של ציווי, של פיצויים או של השבה הם תרופות טבעיות בידי המוסד השיפוטי. במתן סעדים אלה בית-המשפט

¹⁶⁴ *Dawood v. Minister of Home Affairs* 2000 (3) SA 936 (CC), para. 63 (S. Afr.).

¹⁶⁵ על ההשעיה ראו להלן בעמ' 367.

¹⁶⁶ ראו Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-75. ראו גם: *August v. Electoral Commission* 1999 (3) SA 1 (CC) (S. Afr.).

¹⁶⁷ ראו אהרן ברק *שיקול דעת שיפוטי* 242 (1987).

מגשים את תפקידו הקלסי. לא כן במתן סעדים החורגים מיכולתו המוסדית של בית-המשפט. כך, למשל, לעיתים הסעד החוקתי הראוי יכול שיהיה הטלת אחריות פלילית על הפוגע בזכות החוקתית.¹⁶⁸ אולם בית-המשפט אינו רשאי לקבוע עבירות פליליות. חובתו של בית-המשפט להעניק סעד חוקתי אין בכוחה להתגבר על המגבלות המוסדיות המאפיינות אותו. באופן דומה, לעיתים סעד חוקתי ראוי כרוך בהטלת מס. אולם הסמכות להטלת מס נתונה לרשות המחוקקת, ולא לרשות השופטת. כמו-כן, לעיתים הסעד החוקתי הראוי כרוך בהקמת מוסד שלטוני.¹⁶⁹ אולם בית-המשפט אינו רשאי לעשות כן. כאשר חוק מעניק טובת-הנאה לקבוצה א תוך הפליית של קבוצה ב – הפליה שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה – בית-המשפט רשאי לשלול את ההטבה מקבוצה א¹⁷⁰ או לדרוש שהיא תוענק גם לקבוצה ב.¹⁷¹ אולם בית-המשפט אינו רשאי, בשל מגבלותיו המוסדיות, לגבש פתרון שלישי המשנה את שיעורה של טובת-ההנאה לשתי הקבוצות גם-יחד. לרוב אין לבית-המשפט מידע על מהותו של פתרון שלישי זה, על השלכותיו החברתיות והכספיות או על יתרונותיו וחסרונותיו.¹⁷²

בין הסעדים הטבעיים לבית-המשפט לבין הסעדים שאין הוא מוסמך לתיתם קיים מגוון רחב של סעדים שבית-המשפט מוסמך לתיתם אך שבגיבושם עליו להתחשב במגבלותיו המוסדיות. כך, למשל, גם אם בית-המשפט אינו מוסמך לקבוע עבירות, להטיל מיסים או ליצור מוסדות שלטון, הוא יכול להורות לרשויות המוסמכות לממש את סמכויותיהן,¹⁷³ ובכך למנוע מצב של "מחדל חקיקתי".¹⁷⁴ לעיתים הדרך הראויה למנוע מחדל חקיקתי אינה מתן צווים לרשויות השלטוניות האחרות, אלא יצירה שיפוטית שיש בה כדי ליצור נורמות הלכתיות, פרי המשפט המקובל הישראלי, אשר משלימות את המחדל החקיקתי.¹⁷⁵ יצירה שיפוטית זו חייבת כמובן להתחשב במגבלותיו המוסדיות של בית-המשפט.

168 ראו פרשת **ההפללות I** (1975) 39, 1 (BVerfGE) ופרשת **ההפללות II** (1993) 88, 203 (BVerfGE) בבית-המשפט החוקתי הגרמני.

169 כגון הקמת קרן לפיצוי נפגעי תאונות-דרכים במסגרת ס' 10 לחוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים, התשל"ה-1975.

170 ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 774.

171 ראו להלן בעמ' 346 ו-353.

172 ראו ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 774.

173 Bishop, ראו לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-77. ראו גם: ARUNA SATHANAPALLY, BEYOND DISAGREEMENT: OPEN REMEDIES IN HUMAN RIGHTS ADJUDICATION (2012).

174 ראו להלן בעמ' 356.

175 ראו ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 14, בעמ' 60. ראו גם Brewer-Carías, לעיל ה"ש 42.

פרק ה: תחולתה של פסקת ההגבלה

1. הזכות לסעד חוקתי ותורת שלושת השלבים

הזכות לסעד חוקתי היא זכות חוקתית המעוגנת בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. הקביעה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם שלפיה "אין פוגעים בזכויות שלפי חוקי-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש, או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו"¹⁷⁶ חלה גם על הפגיעה בזכות לסעד חוקתי. אף היא אחת מהזכויות "שלפי חוקי-יסוד זה"; אף היא זכות יחסית שניתן להגבילה אם יש צידוק לכך; דיני המידתיות הקבועים בפסקת ההגבלה חלים גם עליה.

בשלב הראשון בבחינה החוקתית לעניין הפגיעה בזכות לסעד חוקתי על בית-המשפט – אשר עליו מוטל התפקיד לקבוע סעד חוקתי – לפסוק סעד המקיים את התכליות המונחות ביסוד הסעד החוקתי.¹⁷⁷ עליו לפסוק סעד אפקטיבי אשר יאשש את חוקי-היסוד וירתיע מפני פגיעות עתידיות. אם בית-המשפט לא יפסוק סעד כזה, הוא עצמו יפגע בזכות החוקתית לסעד חוקתי. אם פגיעה זו אינה עניין של "מה בכך",¹⁷⁸ הבחינה החוקתית עוברת לשלבה השני.

בשלב השני נבחנת השאלה אם יש צידוק לכך שבית-המשפט יפגע בזכות לסעד חוקתי. בחינה זו נעשית במסגרת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה. השאלה היא אם העקרונות המגבילים שעליהם עמדנו¹⁷⁹ – התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים, התחשבות באינטרס של הציבור בממשל תקין, התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות והתחשבות במגבלות המוסדיות של בית-המשפט – יש בהם כדי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. אם הפגיעה בזכות החוקתית לסעד אינה צולחת אף לא אחד מתנאים אלה, מתגבשת עילת התביעה של בעל הזכות הנפגעת לסעד חוקתי. עילת תביעה זו אין בה כדי לשנות את היקפה של הזכות החוקתית לסעד חוקתי.¹⁸⁰ עם זאת, יש בה כדי לקבוע את המצבים שבהם הזכות החוקתית לסעד אפקטיבי אשר יאשש את חוקי-היסוד וירתיע מפני פגיעה בהם תמומש (במלואה או בחלקה) באמצעות הכרה שיפוטית בעילת התביעה לסעד חוקתי. עם גיבושה של עילת התביעה, הבחינה החוקתית עוברת לשלב השלישי.

176 ס' 8 לחוקי-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 4 לחוקי-יסוד: חופש העיסוק.

177 ראו לעיל בעמ' 321.

178 ראו פרשת צמח, לעיל ה"ש 47.

179 ראו לעיל בעמ' 326.

180 ראו בג"ץ 1435/03 פלוגית נ' בית-הדין למשמעת של עובדי המדינה בחיפה, פ"ד נח(1) 529 (2003). ראו גם אהרן ברק "הערכה ביקורתית של אלכסי (Alexy) לעניין היחס בין זכויות חוקתיות כעקרונות ותורת המידתיות" מבחר כתבים כרך ג – עיונים חוקתיים 765 (2017).

בשלב השלישי יעניק בית-המשפט סעד חוקתי קונקרטי התואם את דרישותיה של עילת התביעה. סעד זה ייתן ביטוי הן לתכליות המונחות ביסוד הזכות החוקתית לסעד חוקתי והן לצידוק לפגוע בה. הוא נקבע על-פי נסיבותיו של כל מקרה ומשקף את עובדותיו. כך, למשל, אם הסעד החוקתי הוא הכרזה על בטלות החוק תוך השעיית ההכרזה, יהא עליו לקבוע בשלב השלישי את היקף ההשעיה במקרה הנתון. באופן דומה, כאשר בית-המשפט קובע כי הסעד הראוי הוא פסיקת פיצויים, יהא עליו לקבוע בשלב השלישי את שיעור הפיצויים בהתחשב בנסיבות העניין.

2. הזכות לסעד חוקתי ופסקת ההגבלה שבחוקי-היסוד

(א) סעד חוקתי מידתי

תורת הסעדים החוקתיים מבוססת על התפיסה כי הזכות לסעד חוקתי, ככל זכות המעוגנת בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם, היא זכות יחסית, כלומר, ניתן להגבילה. על הגבלתה של הזכות לסעד חוקתי חלים הדינים הקבועים בפסקת ההגבלה. כללי המידתיות שבפסקת ההגבלה חלים כאשר הזכות לסעד חוקתי נפגעת. על-פיהם עשויים להיות מצבים שבהם ידם של העקרונות המגבילים, הלא הם עקרונות-היסוד המונחים ביסוד הצידוק להגבלתה של הזכות לסעד חוקתי, תהא על העליונה. גם הסעד החוקתי צריך להיות מידתי.

על הקשר בין דיני המידתיות לבין סעדים חוקתיים עמדו כמה חוקרים במשפט המשווה.¹⁸¹ המרכזי שביניהם הוא רוץ' (Roach):

"Principles of proportionality can also be relevant with respect to whether limits on remedies are justified. In particular, they can make the balancing of interests... more disciplined, transparent and rational... [P]roportionality can play a helpful role both with respect to the choice of particular constitutional remedies and with respect to justifying limits on remedies."¹⁸²

בהמשך רוץ' בודק את פעילותם של מרכיבי המידתיות השונים בהכרעה השיפוטית בעניין הסעד החוקתי.¹⁸³

181 ראו: Grant R. Hoole, *Proportionality as a Remedial Principle: A Framework for Suspended Declarations of Invalidity in Canadian Constitutional Law*, 49 ALTA. L. REV. 107 (2011).

182 ראו ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA, לעיל ה"ש 145, בעמ' 3-46.

183 לגישה המתנגדת לתחולתם של דיני המידתיות – ובמיוחד למרכיב האזון – בתחום הסעדים החוקתיים ראו: Tracy A. Thomas, *Proportionality and the Supreme Court's Jurisprudence of Remedies*, 59 HASTINGS L.J. 73 (2007). לגישה התומכת בגישה של אזון ראו: David Schuman, *The Right to a Remedy*, 65 TEMP. L. REV. 1197 (1992).

בישראל עמד על כך השופט י' מרזל. במאמרו על השעיית הכרזת הבטלות הוא כותב:

"לאחר שקבע בית המשפט כי הרשות הפרה את הדין, ולאחר שקבע כי דין הפרה זו הוא באופן עקרוני ביטול מעשה הרשות, תוכרע השאלה אם להשעות את מועד הכניסה לתוקף של הכרזת הבטלות על פי מבחן המידתיות על שלושת מרכיביו: מבחן האמצעי המתאים, מבחן האמצעי הפוגע פחות, ומבחן היחס הראוי בין התועלת לפגיעה. על כן לא ישעה בית המשפט את תוקף הכרזת הבטלות, אלא אם כן השעיה זו מתאימה למטרה שלשמה היא נדרשת, אין אמצעי פוגע פחות לשם הגשמת מטרה זו, וקיים יחס ראוי בין התועלת שבהשעיה ובין נזקה."¹⁸⁴

על הקשר בין דיני המידתיות לבין הסעד החוקתי עמד גם בית-המשפט העליון. בפרשת **התנועה המסורתית** ציין השופט י' זמיר:

"...יש מצבים שבהם בית-המשפט, לפי שיקול-דעתו, אינו רואה אפשרות או הצדקה למתן סעד מלא לבעל-דין, אף אם זכותו נפגעה שלא כדין. כך יכול להיות משום שמתן סעד מלא, בנסיבות שנוצרו, יסב נזק כבד לצד שלישי או לציבור הרחב, מעבר למידה הראויה."¹⁸⁵

בפרשת **אבנרי** ציין השופט י' דנציגר כי יש להעדיף פרשנות של הוראת חוק בהתאם לחוקה על הכרזת בטלותה של ההוראה. בנמקו גישתו זו הוא ציין:

"לטעמי הפתרון הפרשני הינו פתרון מידתי המצמצם את מידת ההתערבות השיפוטית בדבר חקיקה של הכנסת, ונותן משקל ראוי לעקרון חלוקת הסמכויות שבין הרשויות."¹⁸⁶

פנייה לעקרון המידתיות מצויה גם בפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן בפרשת **איתן**.¹⁸⁷ השופט קבע הסדרים באשר להשעיית של הכרזת הבטלות,¹⁸⁸ ובנמקו הסדרים אלה כתב:

184 ראו יגאל מרזל "השעיית הכרזת הבטלות" **משפט וממשל** ט 39, 95 (2005).

185 ראו פרשת **התנועה המסורתית**, לעיל ה"ש 106, בעמ' 379.

186 פרשת **אבנרי**, לעיל ה"ש 54, פס' 42 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר. ראו גם: John M. Greabe, *Constitutional Remedies and Public Interest Balancing*, 21 WM. & MARY BILL RTS. J. 857 (2013).

187 בג"ץ 8425/13 **איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל**, פס' 81 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 22.9.2014) (להלן: פרשת **איתן**).

188 לעקרון ההשעיה ראו להלן בעמ' 367.

"הסדר נוסף אשר לא ניתן להותירו על כנו לתקופה של 90 ימים הוא זה המאפשר העברת מסתנן למשמורת, כקבוע בסעיף 32 לחוק. הסדר זה, המקים לגורם מינהלי סמכות חריגה בהיקפה לשלול – בלא ביקורת שיפוטית יזומה – חירות של מסתנן לתקופה ממושכת, פוגע פגיעה חריפה ולא מידתית בזכויות החוקתיות לחירות ולהליך הוגן. המתנה בת 90 ימים בטרם נכריז על בטלותו תהא – בנסיבות אלו – בלתי מידתית." 189

באותה פרשה ציין השופט נ' הנדל:

"נניח שאכן נפלו פגמים חוקתיים כאלו ואחרים בהיבטים שונים של החוק. גם בהינתן הנחה זו, חשוב להדגיש להשקפתי כי בשיח החוקתי יש להימנע מתוצאות שאינן מידתיות. יש לשאוף למציאות שבה קשיים נקודתיים נענים בסעדים נקודתיים, תוך שמירת המסגרת הכוללת של החוק ככל הניתן." 190

עשויה לעלות הטענה כי פסקת ההגבלה הקבועה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם לא נועדה לבחינת הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית לסעד. לסבורים כך אני מציע לשקול את האפשרות לפנות לפסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית), 191 ולשלב במסגרתה את דיני הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית לסעד.

(ב) הפעלת פסקת ההגבלה הלכה למעשה

(1) ארבעת המרכיבים הנדרשים

אנו מורגלים בהפעלת פסקת ההגבלה כאשר נפגעת זכות חוקתית. במצב זה אנו מתרכזים בזכות הרלוונטית ובודקים את תחולתה של פסקת ההגבלה לעניין זכות זו. באופן דומה עלינו להתרכז בזכות לסעד חוקתי. הפעלתה של פסקת ההגבלה לעניין הזכות לסעד חוקתי אינה צריכה לגרום קושי של ממש. פסקת ההגבלה היא אותה פסקת הגבלה, וארבעת המרכיבים הם אותם מרכיבים. השוני העיקרי בבחינת פגיעה בזכות לסעד חוקתי מבחינת הפגיעה בזכויות חוקתיות אחרות הוא שהגורם הפוגע בזכות לסעד חוקתי – הגורם שעליו מוטלת החובה לכבד את הזכות לסעד – הוא הגורם שבוחן את הפגיעה: בית-המשפט. על בית-המשפט מוטלת החובה לאזן בין התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי לבין העקרונות המצדיקים פגיעה בה. באיזון זה עליו לראות לנגד עיניו את כל ארבעת התנאים הקבועים בפסקת ההגבלה לשם הצדקת פגיעה בזכות לסעד חוקתי.

189 פרשת איתן, לעיל ה"ש 187, פס' 191 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

190 שם, פס' 13 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל.

191 על פסקת ההגבלה השיפוטית ראו ע"ב 92/03 מופז נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(3) 793 (2003). ראו גם אהרן ברק "פסקת הגבלה משתמעת (שיפוטית)" ספר אליהו מצא 77 (אהרן ברק, אילה פרוקצ'יה, שרון חנס ורענן גלעדי עורכים, 2015).

(2) מרכיב התכלית הראויה

המרכיב הראשון של דרישת המידתיות קובע כי על תכליתה של הפגיעה בזכות לסעד חוקתי להיות ראויה.¹⁹² עלינו להיות מודעים לכך שעניין לנו כאן בתכלית המונחת ביסוד הפגיעה בזכות לסעד חוקתי, ולא התכלית המונחת ביסוד הפגיעה בזכות שבגינה התבקש סעד חוקתי. אנו עוסקים כאן בשאלה מהי התכלית הראויה שיש בה כדי להצדיק פגיעה בזכותו של אדם לסעד אפקטיבי שיש בו אישוש של חוקי-היסוד והרתעה מפני פגיעה עתידית בזכויות חוקתיות?

עמדנו על ארבעה עקרונות ראויים בהקשר זה: התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים,¹⁹³ התחשבות באינטרס של הציבור בממשל תקין,¹⁹⁴ התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות¹⁹⁵ והתחשבות במגבלותיו המוסדיות של בית-המשפט.¹⁹⁶ כל אחד מעקרונות אלה ממלא את דרישת-הסף לתכלית ראויה.¹⁹⁷ משקלה של תכלית זו נקבע בשלב האיזון (המרכיב הרביעי).

(3) מרכיב הקשר הרציונלי

מרכיב זה דורש שיתקיים קשר רציונלי¹⁹⁸ ממשי ומשמעותי¹⁹⁹ בין האמצעים שהחוק הפוגע נוקט לבין מימושה של התכלית הראויה. בסוגיית הסעד החוקתי נדרש שיתקיים קשר רציונלי ממשי ומשמעותי בין ההימנעות ממתן סעד המממש את תכליותיו של הסעד החוקתי (סעד אפקטיבי לנפגע שיש בו אישוש של חוקי-היסוד והרתעה מפני פגיעה עתידית בזכויות החוקתיות) לבין התכלית הראויה שהימנעות זו מבקשת לממש. כך, למשל, בית-המשפט משעה לעיתים את תוצאות הכרזתו כי חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה הוא בטל.²⁰⁰ לעיתים השעיה זו עלולה לפגוע בסעד אפקטיבי ועל-כן היא מהווה פגיעה בזכות לסעד חוקתי. עם זאת, היא תקיים את דרישת הקשר הרציונלי אם יש בה סיכוי ממשי ומשמעותי לממש את התכלית שההשעיה נועדה להגשים. תכלית זו היא לרוב ליתן למחוקק די זמן לתיקון החוק.²⁰¹ מכל מקום, על בית-המשפט לנקוט את כל האמצעים העומדים לרשותו כדי להקטין פגיעה זו.²⁰²

192 על התכלית הראויה ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 295.

193 ראו לעיל בעמ' 327.

194 שם.

195 ראו לעיל בעמ' 328.

196 ראו לעיל בעמ' 331.

197 על התכלית הראויה כדרישת-סף ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 297.

198 על מרכיב הקשר הרציונלי ראו שם, בעמ' 373.

199 לדרישה זו ראו בג"ץ 6298/07 **רסלר נ' כנסת ישראל**, פ"ד סה(3) 1 (2012); בג"ץ 1877/14 **התנועה**

למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פס' 54 לפסק-דינה של הנשיאה מ' נאור (פורסם בנבו,

12.9.2017).

200 על ההשעיה ראו להלן בעמ' 367.

201 ראו מרזל, לעיל ה"ש 184, בעמ' 96.

202 ראו להלן בעמ' 338.

(4) מרכיב הצורך

מרכיב זה משמעותו שיש צורך באמצעים שהחוק הפוגע נוקט לשם הגשמת התכלית הראויה.²⁰³ צורך זה אינו קיים אם קיימת חלופה אשר פוגעת בזכות החוקתית פחות ומממשת את התכלית הראויה באותה מידה כמו החוק הפוגע או במידה דומה לה.²⁰⁴ במצב דברים זה אין צורך בחוק. בסוגיית הסעד החוקתי הדרישה היא שקיים צורך בהפחתת הסעד החוקתי באופן שלא יאפשר לו למלא את מלוא תכליותיו (אפקטיביות, אישוש החוקה והרתעה מפני הפרתה) לשם מימוש אחת התכליות האחרות המונחות ביסוד העקרונות המגבילים את הסעד החוקתי. צורך זה קיים אם אין סעד חלופי המגשים את התכלית הראויה במלואה או במידה דומה לה מבלי לפגוע בתכליותיו של הסעד החוקתי. מרכיב הצורך אינו מתקיים אם ניתן להעניק לנפגע סעד אפקטיבי תוך מימוש התכליות האחרות המונחות ביסוד הסעד החוקתי. כך, למשל, אם ניתן להשיג את תכלית ההרתעה על-ידי צו הצהרתי, אין צורך במתן צו מניעה.²⁰⁵ באופן דומה, "אם קיימת דרך חלופית פוגעת פחות, המתאימה להגשמת המטרה שביסוד ההשעיה, יש לבחור בה".²⁰⁶ כך, למשל, ניתן להעניק השעיה בלוויית הקביעה כי ההשעיה אינה חלה על בעל הזכות החוקתית שנפגעה באותה פרשה (פטור חוקתי);²⁰⁷ או "לקרוא לתוך החוק" (reading in) הסדרים שאינם עולים מכללי הפרשנות הרגילים.²⁰⁸ במצב דברים זה הנפגע מקבל סעד אפקטיבי תוך מימוש התכליות האחרות המונחות ביסוד הסעד החוקתי. אולם ברבים מהמקרים אין הסעד החוקתי המוצע בחלופה מגשים את התכלית הראויה של הסעד החוקתי במלואה או במידה דומה לה. במצב דברים זה דרישת הצורך מתקיימת, ויש לעבור למרכיב האיזון.

(5) מרכיב האיזון

מרכיב האיזון²⁰⁹ בוחן את היחס הראוי בין התועלת החברתית²¹⁰ השולית²¹¹ שבמימוש החוק הפוגע לבין התועלת החברתית השולית שבמניעת הפגיעה בזכות החוקתית. הניתוח המשפטי מדמה מאזניים. בכף האחת מונחת התועלת החברתית השולית

203 למרכיב זה ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 391.

204 ראו בג"ץ 2605/05 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים, חטיבת זכויות האדם נ' שר האוצר**, פ"ד סג(2) 545, פס' 59 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (2009); פרשת **דסטה**, לעיל ה"ש 153, פס' 10 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

205 ראו ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA, לעיל ה"ש 145, בעמ' 47-3. המחבר מפנה לשלוש פרשות אלה: Mahe v. Alberta, [1990] 1 S.C.R. 342 (Can.); Eldridge v. British Columbia (Attorney General), [1997] 3 S.C.R. 624 (Can.); Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice), [2000] 2 S.C.R. 1120 (Can.).

206 ראו מרזל, לעיל ה"ש 184, בעמ' 97.

207 ראו להלן בעמ' 371.

208 ראו להלן בעמ' 353.

209 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 426.

210 על התועלת החברתית ראו שם, בעמ' 431.

211 על ההתחשבות בתועלת החברתית השולית ראו שם, בעמ' 433.

שבמימוש החוק הפוגע, ובכך האחרת מונחת התועלת החברתית השולית שבמניעת הפגיעה בזכות החוקתית. האיזון הראוי נקבע על-פי הכף שמשקלה כבד יותר.²¹² ניתוח זה נערך גם מקום שהזכות הנפגעת היא הזכות לסעד חוקתי, ואף כאן הדימוי הוא של מאזניים: על הכף האחת מונחת התועלת החברתית השולית שבמתן סעד חוקתי המתחשב בזכויות של צדדים שלישיים, באינטרס של הציבור בממשל תקין, במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות ובמגבלות השיפוטיות; ואילו על הכף האחרת מונחת התועלת החברתית השולית שבמתן סעד אפקטיבי המאשש את חוקי-היסוד ומרתיע מפני פגיעה בהם בעתיד. ידה של הכף הכבדה על העליונה; היא הקובעת את היחס הראוי בין העקרונות החוקתיים המתנגשים. על איזון זה עמד רוץ' בציינו:

"[T]here is a need for an appropriate balance between the need to satisfy remedial purposes and the need to respect countervailing factors. A limit on a remedy will not be justified if the salutary benefits of limiting the remedy do not outweigh the harm of limiting the remedy."²¹³

על-כן "אין להשעות את הכרזת הבטלות אם הנזק שבהשעיה זו עולה על התועלת הנשקפת ממנה".²¹⁴

פרק ו: הזכות לסעד חוקתי ועילת התביעה לסעד חוקתי

1. עילת התביעה

בית-המשפט קובע את היקפה של הזכות החוקתית לסעד חוקתי ואת הפגיעה בה. עליו לקבוע דינים המעניקים סעד אפקטיבי המאשש את חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם ומרתיע מפני פגיעות עתידיות. הוא רשאי לפגוע בתכליות אלה על-ידי התחשבות בעקרונות המגבילים, ובלבד שיש צידוק לכך. עליו לבחון אם אי-המימוש המלא של התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי בשל התחשבות בעקרונות המגבילים הוא מידתי. התוצאה של בדיקות אלה מגבשת את עילת התביעה לסעד חוקתי. היא מהווה את התוצאה של הפעלת הוראותיה של פסקת ההגבלה המתחשבות בעקרונות המגבילים את הסעד החוקתי. עילת תביעה זו היא נקודת המעבר מהזכות לסעד חוקתי אל המצבים שבהם ייפסק הסעד הלכה למעשה שכן הזכות לסעד חוקתי נפגעה באופן לא-מידתי.

²¹² על המקרה שבו כפות המאזניים מעוינות ראו שם, בעמ' 449.

²¹³ ראו ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA, לעיל ה"ש 145, בעמ' 59-3. על הדיון כאשר כפות המאזניים מעוינות ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 449.

²¹⁴ ראו מרזל, לעיל ה"ש 184, בעמ' 100.

בישראל, בהעדר חקיקה, עילת תביעה זו נקבעת במשפט המקובל הישראלי. אכן, הזכות החוקתית הנפגעת מצויה ברמה חוקתית. הזכות לסעד חוקתי מצויה באותה רמה חוקתית. הדינים המצדיקים פגיעה בזכות לסעד חוקתי – דיניה של פסקת ההגבלה – אף הם מצויים ברמה חוקתית. לעומת זאת, עילת התביעה לסעד מצויה ברמה התת-חוקתית. ברמה זו בית-המשפט מגבש דין תת-חוקתי, הקובע את העילה לסעד, וזאת על-פי התוצאות המתקבלות מהפעלתם של השיקולים הנוגדים במסגרת פסקת ההגבלה. עמדה על כך המשנה לנשיא מ' נאור בפרשת **ישועה**:

"האפשרות ליצור עילת תביעה בשל פגיעה בזכות חוקתית בדרך פסיקתית, מושתתת על העיקרון הכללי... 'מקום שם הזכות – שם הסעד'."²¹⁵

הפגיעה בזכות החוקתית לסעד חוקתי אינה מולידה כשלעצמה עילת תביעה לסעד חוקתי. הטעם לכך הוא שכנגד זכותו החוקתית של הנפגע לסעד אפקטיבי אשר מאשש את חוקי-היסוד ומרתיע מפני פגיעה בזכויות חוקתיות עומדות זכויות של אחרים שזכותם החוקתית תיפגע אם יינתן סעד חוקתי, האינטרס הציבורי בממשל תקין, שיקולים הקשורים למערכת היחסים בין הרשויות וכן המגבלות המוסדיות של בית-המשפט. רק הכרעה שיפוטית על-פי פסקת ההגבלה קובעת את המצבים שבהם ייפסק סעד חוקתי. רק אז מתגבשת עילת התביעה לסעד חוקתי.

המושג "עילה" משמעותו "מכלול הנתונים הרלבנטיים... [שעל בסיסם] מתבקש בית המשפט [להעניק] את הסעד שנתבקש".²¹⁶ באומרו "עילה" אנו מפנים אפוא אל "מכלול של אירועים או של מחדלים, אשר הוכחתם הנאותה תצדיק את הציפייה כי בית המשפט יעניק סעד משפטי לבעל הזכות".²¹⁷ פגיעה בזכות לסעד חוקתי הייתה מגבשת כשלעצמה עילה לסעד אילו הזכות לסעד חוקתי הייתה זכות מוחלטת.²¹⁸ המאפיין זכות מוחלטת הוא שדי בפגיעה בה להצדיק מתן סעד. אולם הזכות לסעד חוקתי אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. היא ניתנת להגבלה. כללי ההגבלה מצויים בפסקת ההגבלה. כאשר על-פי דרישותיה של פסקת ההגבלה נקבע כי לפגיעה בזכות החוקתית לסעד חוקתי יש צידוק, תיקבע עילת התביעה על-פי הפגיעות בזכות החוקתית לסעד חוקתי שלגביהן אין צידוק, ואשר מזכות על-כן בסעד חוקתי. כך, למשל, ייתכן שבית-המשפט לא יכריז על בטלותו של החוק ויסתפק בסעד אפקטיבי פחות; ייתכן שבית-המשפט יימנע מפסיקת פיצויים ויסתפק בהצהרה בלבד; ייתכן שמתן הסעד יושעה למועד

215 פרשת **ישועה**, לעיל ה"ש 92, פס' 20 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

216 שלמה לויין תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד 177 (מהדורה שנייה מורחבת, מעודכנת ומתוקנת, 2008).

217 משה קשת הזכויות הדיניות וסדר הדין במשפט האזרחי הלכה למעשה כרך א 7 (מהדורה 15, 2007).

218 ראו לעיל בעמ' 326.

עתידי; ייתכן שבית-המשפט לא ייתן כלל סעד של פיצויים שכן הסעד הממלא את תנאיה של פסקת ההגבלה הוא הציווי.

נמצא כי עילת התביעה נקבעת בשלב השני מבין שלושת השלבים של הפגיעה בזכות החוקתית לסעד. בשלב זה מתגבשת מערכת של דינים תת-חוקתיים המשקפים את האיזון הראוי בין התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי לבין העקרונות החוקתיים המגבילים זכות זו. איזון זה מגבש את עילת התביעה לסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית. מימושה של עילת תביעה זו הלכה למעשה נעשה בשלב השלישי של הבחינה החוקתית. בשלב זה נפסק הסעד המיוחד (הקונקרטי) אשר אדם שזכותו החוקתית נפגעה זכאי לו. בשלב שלישי זה נעשית ההערכה הפרטנית של היקף הפגיעה וכימותה.

2. שיקול-הדעת השיפוטי

שיטת המשפט הישראלית מעמידה לרשות בית-המשפט מגוון של סעדים חוקתיים.²¹⁹ על השופט לבחור מבין סעדים אלה אותם סעדים חוקתיים המגשימים את הזכות לסעד חוקתי בגין הפגיעה בה. בחירה זו נעשית על-פי העקרונות אשר בפסקת ההגבלה. בבחירה זו נקבעת עילת התביעה של הנפגע. בבחירה זו ניתן לבית-המשפט שיקול-דעת.²²⁰ שיקול-דעת זה רחב הוא.²²¹ כך, למשל, על השופט לבחור לעיתים בין הכרזה על בטלות החוק²²² לבין הכרזה על אי-חוקיותו של החוק בלא הכרזה בטלות.²²³ עליו להחליט אם להכריז על בטלות החוק או להסתפק בקריאה לתוך החוק²²⁴ או בהפרדה בין חלקו הבלתי-חוקתי לבין חלקו החוקתיים.²²⁵ עליו להחליט על תחולתה (רטוראקטיבית, אקטיבית, פרוספקטיבית) של הכרזת הבטלות²²⁶ ועל תחילתה (או השעיית תחילתה²²⁷); עליו להחליט אם ליתן ציווי או לפסוק פיצויים בגין הפגיעה בזכות החוקתית. לעיתים יש מקום לתחולתם של כמה סעדים חוקתיים. אמות-המידה להפעלת שיקול-דעת שיפוטי זה קבועות בפסקת ההגבלה. תוצאתו של שיקול-דעת זה מגבשת את עילת התביעה בגין פגיעה בזכות החוקתית לסעד חוקתי.

219 לרשימת הסעדים ראו להלן בעמ' 344.

220 ראו Friedman, *When Rights Encounter Reality*, לעיל ה"ש 79; Kate Hofmeyr, *A Central-Case Analysis of Constitutional Remedial Power*, 125 S. Afr. L.J. 521 (2008); Kent Roach, *Principled Remedial Discretion Under the Charter*, 25 Sup. Ct. L. Rev. 101 (2004).

221 ראו Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-44.

222 ראו להלן בעמ' 360.

223 על סעדים חוקתיים כאלה ראו להלן בעמ' 347.

224 ראו להלן בעמ' 353. ראו גם: Eric S. Fish, *Choosing Constitutional Remedies*, 63 UCLA L. Rev. 322 (2016).

225 ראו להלן בעמ' 350.

226 ראו להלן בעמ' 364.

227 ראו להלן בעמ' 367.

3. מעמדה הנורמטיבי של עילת התביעה

הזכות לסעד בגין פגיעה ללא צידוק בזכות חוקתית מעוגנת בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם.²²⁸ היא מהווה אפוא זכות במעמד חוקתי. ניתן לפגוע בזכות זו רק אם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה החלה לעניין הסעד החוקתי. עילת התביעה לסעד חוקתי היא פרי הפעלתה של פסקת ההגבלה. עילת התביעה אינה ברמה חוקתית, אלא ברמה תת-חוקתית. בהעדר חקיקה הקובעת עילות תביעה לסעדים חוקתיים, היא נקבעת על-ידי המשפט המקובל הישראלי. בכך בית-המשפט מממש את חובתו לכבד את הזכויות החוקתיות, לרבות הזכות החוקתית לסעד חוקתי. בעשותו כן הוא פועל ברמה תת-חוקתית. המחוקק רשאי כמובן לשנות משפט מקובל זה. עם זאת, השינוי של המשפט המקובל אינו יכול לשנות את הזכות לסעד חוקתי, שכן לשם כך נדרש שהשינוי יעשה על-ידי חוק-יסוד. שינוי המשפט המקובל באמצעות חוק יכול להטיל הגבלות על הזכות לסעד חוקתי, אך הגבלות אלה יהיו חוקתיות רק אם הן יקיימו את תנאיה של פסקת ההגבלה. נמצא כי המשפט המקובל הדין בעילת תביעה לסעד חוקתי ניתן לפגיעה על-ידי דבר חקיקה, ובלבד שפגיעה זו מקיימת את דיני המידתיות שבפסקת ההגבלה.

4. עילת התביעה ותורת הבטלות היחסית

עילת התביעה לסעד החוקתי משקפת את האיזון המידתי בין התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי לבין העקרונות המגבילים המצדיקים את הגבלתה של הזכות לסעד חוקתי.²²⁹ עילת התביעה היא ביטוי לתפיסה כי הזכות לסעד חוקתי – ככל זכות חוקתית אחרת – אינה זכות מוחלטת, אלא זכות יחסית. עילת התביעה לסעד חוקתי משקפת את היחסיות הזו.

יחסיות זו מונחת ביסודה של גישת הבטלות היחסית.²³⁰ על-פי גישה זו, החלטה מנהלית שנפל בה פגם אינה בהכרח בטלה ומבוטלת (void). "בטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו."²³¹ לבית-המשפט יש שיקול-דעת בקביעת תוצאות הפגם. "תוצאות הפגם המינהלי אינן קבועות מראש, אלא משתנות ויחסיות".²³² מכאן גם הדיבור על התוצאה היחסית. בלשונו של השופט י' זמיר:

228 לשני הנימוקים לכך ראו לעיל בעמ' 312 ו-316.

229 ראו לעיל בעמ' 327–332.

230 ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ב 795 (2010) (להלן: ברק-ארוז **משפט מינהלי** ב); יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** כרך ג 1647, 1717 (2014); אליעד שרגא ורועי שחר **המשפט המנהלי** כרך ד – סעדים 96 (2012).

231 ע"פ 768/80 **ש' שפירא ושות'**, חברה קבלנית בנתניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד לו(1) 337, 362 (1981) (השופט א' ברק) (להלן: פרשת **שפירא**).

232 ברק-ארוז **משפט מינהלי** ב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 795.

"לאחר מחשבה נוספת אני מציע עכשיו להשתמש בביטוי אחר: תוצאה יחסית. ביטוי זה מבהיר שמדובר בתוצאות הפגם, ומכאן גם נובע כי התוצאות, לרבות הסעד שיינתן על-ידי בית-המשפט, הן יחסיות במובן זה שהן עשויות להשתנות ממקרה למקרה לפי חומרת הפגם ויתר נסיבות המקרה."²³³

לדעתנו, מן הראוי להשקיף על גישת הבטלות היחסית או התוצאה היחסית כעל חלק מתורת הסעדים.²³⁴ בתחום החוקתי²³⁵ היא חלק מתורת הסעדים החוקתיים. היא משקפת את הפעלתה של פסקת ההגבלה על הפגיעה בזכות לסעד חוקתי. היא ביטוי לעילת התביעה לסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית.

על גישת הבטלות היחסית נמתחה ביקורת בספרות המשפטית.²³⁶ הודגש כי היא מעניקה שיקול-דעת רחב לבית-המשפט, ובכך מחלישה את הנורמות של המשפט הציבורי ואת ההרתעה מפני פגיעה בהן. לדעת הביקורת, הגישה הראויה צריכה להיות בטלות של פעולות הפוגעות בעקרונות-היסוד של המשפט הציבורי. מכאן הגישה כי "ההנחה חייבת להיות, כמתחייב משלטון החוק, שפעולה מינהלית אינה תקפה. גם אם הסטייה מדין הבטלות היא אפשרית, החזקה חייבת להיות בכיוון של פסילה, ועל ההכרה בתוקפה של הפעולה הפגומה להישאר חריג השמור לנסיבות מיוחדות."²³⁷

גישתנו היא כי שיקול-הדעת השיפוטי בעניין התוצאה היחסית (או הבטלות היחסית) צריך לפעול במסגרת אמות-המידה הקבועות בפסקת ההגבלה החלה לעניין הפגיעה בזכות לסעד חוקתי. לאדם שזכותו החוקתית (לכבוד, לקניין או לפרטיות) נפגעה מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה עומדת הזכות החוקתית לסעד. זכות זו היא לסעד אפקטיבי אשר יאשש את הזכות החוקתית וירתיע מפני פגיעה בה. ניתן להצדיק אי-מתן סעד כזה רק אם הדבר עומד בדרישותיה של פסקת ההגבלה המגבילה את הזכות לסעד חוקתי. בעמידה כאמור יש כדי להצדיק אי-מתן סעד אפקטיבי אשר מאשש את חוקי-היסוד ומרתיע מפני פגיעות עתידיות. אולם לשם כך יש להצביע על זכויות של צדדים שלישיים, על שיקולים של ממשל תקין או על מגבלות המתבקשות ממערכת היחסים בין הרשויות או מהמבנה המוסדי של בית-המשפט. בכך בא לידי ביטוי העיקרון שגם הזכות לסעד חוקתי היא זכות יחסית, והסעד החוקתי שנפסק – או התוצאה היחסית – מבטא

233 ראו רע"פ 2413/99 גיספן נ' התובע הצבאי הראשי, פ"ד נה(4) 673, 689 (2001) (השופט י' זמיר). השופט ד' ביניש ביקשה לכנות זאת "התוצאה המתאימה" או "התוצאה ההולמת". שם, בעמ' 701.

234 ראו ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 837.

235 ראו בג"ץ 6652/96 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, פ"ד נב(3) 117 (1998); בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 415 (1997) (הנשיא א' ברק); פרשת צמח, לעיל ה"ש 47, בעמ' 284. ראו גם רונן פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי" עיוני משפט לח 271 (2015).

236 ראו ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 826; יואב דותן "במקום בטלות יחסית" משפטים כב 587 (1993).

237 ברק-ארז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 836.

את היחסיות הזו של הזכות עצמה. שיקול-הדעת של בית-המשפט בגיבושו של הסעד – בעיצובה של עילת התביעה – פועל במסגרות משפטיות חוקתיות.

5. סוגים של סעדים חוקתיים

(א) רשימת הסעדים

המשפט המשווה מכיר בכמה סעדים חוקתיים.²³⁸ חלקם הוכרו בישראל, וחלקם טרם נידונו בארץ. להלן רשימה של הסעדים:

א. סעד של הכרזה על אי-חוקתיות של הנורמה הפוגעת –

1. הכרזה על בטלותה של הנורמה הפוגעת;²³⁹
2. הכרזה על אי-חוקתיות של הנורמה הפוגעת שאין עימה בטלות;²⁴⁰
3. הכרזה שהנורמה הפוגעת עודנה חוקתית ("התראת בטלות");²⁴¹
4. הפרדה בין החלק הבלתי-חוקתי לבין החלק החוקתי;²⁴²
5. "קריאה לתוך החוק";²⁴³
6. השעיית הכרזת הבטלות;²⁴⁴

ב. סעד בגין פגיעה פרטנית או נקודתית בזכות חוקתית –

1. פיצויים;²⁴⁵
2. הצהרה על פגיעה בזכות חוקתית;²⁴⁶
3. ציווי;²⁴⁷

238 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 701. ראו גם Bishop, לעיל ה"ש 68.

239 ראו להלן בעמ' 360.

240 ראו להלן בעמ' 347.

241 ראו בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006); בג"ץ 3002/09 ההסתדרות הרפואית בישראל נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 9.6.2009); בג"ץ 3132/15 מפלגת יש עתיד בראשות יאיר לפיד נ' ראש ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 13.4.2016); פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' כנסת ישראל, לעיל ה"ש 115. ראו גם: Wiltraut Rupp- v.Brünneck, Germany: The Federal Constitutional Court, 20 AM. J. COMP. L. 387 (1972); Vincenzo Vigoriti, Italy: The Constitutional Court, 20 AM. J. COMP. L. 404, 414 (1972).

242 ראו להלן בעמ' 350.

243 ראו להלן בעמ' 353.

244 ראו להלן בעמ' 367.

245 ראו להלן בעמ' 375.

246 ראו גרוס, לעיל ה"ש 62, בעמ' 468 ר-474; ע"א 23/85 גולדשטיק נ' כהן, פ"ד מ(4) 583 (1986).
247 ראו גרוס, לעיל ה"ש 62, בעמ' 471; A David S. Schoenbrod, *The Measure of an Injunction: A Principle to Replace Balancing the Equities and Tailoring the Remedy*, 72 MINN. L. REV. 627 (1988); Robert J. Sharpe, *Injunctions and the Charter*, 22 OSGOODE HALL L.J. 473 (1984).

4. השבה; 248

5. פסילת ראיות; 249

ג. סעד בגין פגיעות שיטתיות; 250

רשימת סעדים זו אינה רשימה סגורה. הקטגוריה של סוגי הסעדים לעולם פתוחה. כאשר מגיע מקרה חדש שאינו נפתר על-ידי הקטגוריות הקיימות, על בית-המשפט לשקול את האפשרות של יצירת קטגוריה חדשה.²⁵¹ החובה המוטלת עליו היא לתת סעד חוקתי שיגשים את תורת הסעדים החוקתיים. אם התרופה טרם הוכרה, על השופט ליצור אותה. כותב בישופ:

"Courts must not feel constrained by the traditional forms of remedies. Anything is possible. Courts must think outside the box. They must 'forge new tools' and 'shape innovative remedies' to ensure that, within the inevitable limitations they provide the most effective relief available. No, not 'available'. The most effective relief *imaginable*."²⁵²

(ב) סעדים אקטיביים וסעדים פסיביים

הבחנה חשובה היא בין סעדים אקטיביים לבין סעדים פסיביים:²⁵³ הראשונים הם חרב ביד הנפגע, ואילו האחרונים הם מגן בידו.²⁵⁴ בין הסעדים האקטיביים ניתן להצביע על צווים (כגון צו למחוקק לחוקק²⁵⁵ או צו לרשות המבצעת להימנע מהפרת הזכות), קריאה אל תוך החוק,²⁵⁶ הפרדה²⁵⁷ ופיצויים.²⁵⁸ לעומתם, הצהרה על בטלות היא סעד פסיבי. שיקולים מוסדיים מקילים על בית-המשפט במתן סעד פסיבי. כל שנדרש הוא

248 ראו ע"א 1761/02 רשות העתיקות נ' מפעלי תחנות בע"מ, פ"ד ס (4) 545 (2006); ע"א 546/04 עיריית ירושלים נ' שרותי בריאות כללית, פס' 50 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור (פורסם בנבו, 20.8.2009); דנ"א 7398/09 עיריית ירושלים נ' שירותי בריאות כללית, פס' 46 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס (פורסם בנבו, 14.4.2015).

249 ראו פרשת יששכרוב, לעיל ה"ש 74.

250 Bishop, לעיל ה"ש 68; Owen M. Fiss, THE CIVIL RIGHTS INJUNCTION (1978).

251 ראו ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA, לעיל ה"ש 145, בעמ' 3-13 ("Remedial discretion allows for creativity and the order of innovative remedies").

252 Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 77-9 (ההדגשה במקור).

253 ראו COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 4.

254 ראו גרוס, לעיל ה"ש 62, בעמ' 440 ו-452. ראו גם Dellinger, לעיל ה"ש 82.

255 ראו להלן בעמ' 357.

256 ראו להלן בעמ' 353.

257 ראו להלן בעמ' 350.

258 ראו להלן בעמ' 375.

הכרזת בטלות.²⁵⁹ בית-המשפט נתקל בקשיים מוסדיים בשעה שעליו לגבש סעד אקטיבי. הקושי במתן צו למחוקק לחוקק הוא ברור מאליו,²⁶⁰ אך גם במתן צווי אכיפה לרשות המבצעת – למשל, צווי אכיפה במקרים של פגיעות שיטתיות, כגון בניהול בתי-הסוהר – טמון קושי מוסדי, הקשור לצורך בהקצאת משאבים שהמידע לגביהם אינו מצוי בידי בית-המשפט וכן לצורך בהפעלת פיקוח נמשך.

שמרנות שיפוטית וחשש מהתערבות-יתר בחקיקה עלולים להוביל לסעדים פסיביים גם כאשר הסעד הראוי הוא סעד אקטיבי. המבחן הוא זה של המידתיות. טלו דבר חקיקה המעניק טובת-הנאה לקבוצה א תוך פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם (שוויון) של קבוצה ב. סעד פסיבי יהא הכרזה על בטלותו של החוק אשר העניק את טובת-ההנאה לקבוצה א. מדובר בסעד אפקטיבי מבחינת קבוצה ב, מאחר שזכותה לשוויון כבר אינה נפגעת. אולם סעד זה סותר את עקרון-היסוד החוקתי של התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים, מאחר שהוא פוגע בזכותה של קבוצה א לטובת-ההנאה. סעד אקטיבי יהא הוספת הוראה ("קריאה לתוך החוק") שתבטיח כי טובת-ההנאה תינתן גם לקבוצה ב.²⁶¹ בכך בית-המשפט מעניק סעד אפקטיבי לקבוצה ב, ועושה זאת מבלי לפגוע בזכותה של קבוצה א. שופטים עלולים לנטות לסעד פסיבי מתוך חשש שסעד אקטיבי אינו ראוי לפסיקה. גישה פסיבית זו עלולה להיות לא-מידתית.

אקטיביות-יתר או פסיביות-יתר אינן מידתיות. תרופה אפשרית נוספת בדוגמה שהבאנו לעיל – בעניין מתן טובת-הנאה לקבוצה א תוך הפלייתתה של קבוצה ב – היא להכריז על בטלותה של ההוראה המעניקה טובת-הנאה לקבוצה א בלבד, ולקבוע כי הן קבוצה א והן קבוצה ב יקבלו טובת-ההנאה בשיעור קטן מזה שניתן לקבוצה א בהסדר הבלתי-חוקתי שנפסל. לדעתנו, זו אקטיביות-יתר. תרופה זו אינה מידתית. קביעת שיעורה של טובת-ההנאה היא עניין למחוקק. עמדה על עיקרון זה השופטת ע' ארבל בפרשת אדם:

"ביטולה של הוראת סעיף... תיצור חלל שאין ביכולתו של בית המשפט למלא ועניין זה מצוי בתחומה של הכנסת... בית המשפט אינו יכול לשים עצמו בנעליו של המחוקק ולקבוע הסדר אחר תחת זה שבוטל, והמקרה הנידון וודאי שאינו ראוי לכך. כל קביעה תגרור אחריה מגוון של השלכות אשר לבית המשפט אין

²⁵⁹ Dellinger, לעיל ה"ש 82, בעמ' 1532: "The positive law of the Constitution has largely been created and applied in cases in which the citizen seeks to invoke a constitutional guarantee as a shield to ward off actions undertaken by the government. The sanction most frequently imposed in response to a constitutional violation is the sanction of nullification: the courts decline to convict on a criminal charge, or decline to admit evidence, or decline to allow the imposition of civil liability. Far less frequently has a constitutional right become an ingredient of an affirmative cause of action"

²⁶⁰ ראו להלן בעמ' 358.

²⁶¹ ראו להלן בעמ' 353.

כלים לבוחנן... את המלאכה... יש להותיר למחוקק לקביעת הסדר חדש, אם ירצה בכך, תחת ההסדר שבטל.²⁶²

תפיסה זו נגזרת מעקרון הפרדת הרשויות. "[ה]פרק... כולו אינו חוקתי. נוכח עקרון הפרדת הרשויות, אין אנו מוסמכים לנסחו מחדש עבור המחוקק. אין מנוס אפוא מלהורות על ביטולו.²⁶³ גם פסיביות-יתר אינה מידתית. בדוגמה שהבאנו לעניין ההפליה בין שתי הקבוצות, הסעד הראוי אינו הכרזה על בטלות החוק, שכן סעד חוקתי זה אינו מועיל לקבוצה א, המעוניינת בקבלת טובת-ההנאה, ופוגע בקבוצה ב. הסעד החוקתי הראוי הוא קריאה לתוך החוק של הוראה שלפיה כל עוד קבוצה א מקבלת את טובת-ההנאה, תינתן טובת-הנאה זהה גם לקבוצה ב.²⁶⁴

פרק ז: סעד של הכרזה על בטלותו של חוק שפגע בזכות חוקתית

1. מגוון הסעדים החוקתיים בגין ההכרזה על אי-חוקתיות

(א) אי-חוקתיות שיש עימה בטלות ואי-חוקתיות בלא בטלות

חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה הוא חוק בלתי-חוקתי. הסעד הטבעי במצב דברים זה הוא הכרזה שהחוק אינו חוקתי.²⁶⁵ לסעד חוקתי זה נלווית לרוב, כדבר טבעי ומובן מאליו, ההכרזה כי החוק בטל.²⁶⁶ סעד זה מגשים לרוב את התכליות המונחות ביסוד הסעד החוקתי:²⁶⁷ לנפגע ניתן סעד אפקטיבי; הביטול מאשש את חוקי-היסוד; והוא מרתיע מפני פגיעות עתידיות. אולם הצהרה על בטלותו של חוק היא סעד חוקתי שפגיעתו בעבודת החקיקה קשה מאוד. "זו ההתערבות הדרסטית ביותר בתוקפו של החוק ובעבודת המחוקק..."²⁶⁸ שכן

262 פרשת אדם, לעיל ה"ש 1, פס' 116 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל. ראו גם פרשת איתן, לעיל ה"ש 187, פס' 81 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

263 פרשת איתן, לעיל ה"ש 187, פס' 188 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

264 ראו להלן בעמ' 353.

265 לעיתים ניתן להכריז כי החוק "עודנו חוקתי" – ראו פרשת התנועה למען איכות השלטון בישראל, לעיל ה"ש 241, בעמ' 712, אשר דנה בחוק דחיית שירות תלמידי ישיבות שתורחם אומנותם, התשס"ב-2002. סעד זה מכונה לעיתים "התראת בטלות". ראו פרשת ההסתדרות הרפואית בישראל, לעיל ה"ש 241, פס' מא לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין. כן ראו Rupp-v.Brünneck, לעיל ה"ש 241, בעמ' 398; Vigoriti, לעיל ה"ש 241, בעמ' 414.

266 ראו: Constitution Act, 1982, being Schedule B to the Canada Act, 1982, c 11, § 52(1) (U.K.) (להלן: החוקה של קנדה); ס' 172(1) לחוקה של דרום-אפריקה.

267 ראו לעיל בעמ' 321.

268 בג"ץ 9098/01 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נט(4) 241, 272 (2004) (המשנה לנשיא א' מצא).

בית-המשפט מבטל את דבר המחוקק. במתן סעד חוקתי זה על בית-המשפט לגלות אם כן זהירות רבה.²⁶⁹ עמד על כך השופט י' זמיר באחת הפרשות:

"בית המשפט חייב כבוד לחוק כביטוי של רצון העם. עד שבית המשפט פוסל חוק, הוא חייב לשבת שבעה נקיים: לבדוק היטב את לשון החוק ואת תכלית החוק ולהקפיד מאוד עם עצמו, עד שיהיה משוכנע לחלוטין כי תקלה היא שאין לה תקנה."²⁷⁰

ובפרשה אחרת קבע בית-המשפט העליון:

"הכרזה על בטלותו של חוק או חלק ממנו היא עניין רציני. לא על נקלה יעשה כן השופט. לא הרי הכרזה על בטלותה של חקיקת משנה בהיותה סותרת הוראותיו של חוק, כהרי הכרזה על בטלותה של חקיקה ראשית בהיותה סותרת חוק יסוד. בבטלו חקיקת משנה, נותן השופט ביטוי לרצון המחוקק. בבטלו חקיקה ראשית, השופט מסכל את רצון המחוקק. הצידוק לכך הוא בכפיפותו של המחוקק להוראות חוקתיות-על-חוקיות, שהוא עצמו קבע... טענה בדבר אי-חוקתיותו של חוק... מחייבת איפוק שיפוטי ניכר."²⁷¹

ברוך דומה ציינה השופטת ד' ביניש כי בית-המשפט יפעל "באיפוק שיפוטי, בזהירות ובריסון".²⁷² "בית המשפט העליון עמד לא פעם על הצורך לנהוג איפוק וריסון מרבי בהפעלת הסמכות להכריז על בטלות של חוקים בשל היותם נוגדים את הוראות חוקי היסוד בדבר זכויות האדם."²⁷³ בצדק ציין השופט נ' הנדל:

269 ראו פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 331–332 ו-349; Barry Friedman, *The Birth of an Academic Obsession: The History of the Countermajoritarian Difficulty, Part Five*, 112 YALE L.J. 153 (2002).

270 בג"ץ 3434/96 **הופנונג נ' יושב-ראש הכנסת**, פ"ד נ(3) 57, 67 (1996).

271 פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 386–387 (הנשיא א' ברק). ראו גם בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סג(3) 500, 543 (2010) (להלן: **בש"פ פלוני**) ("בית המשפט העליון עמד לא פעם על הצורך לנהוג איפוק וריסון מרבי בהפעלת הסמכות להכריז על בטלות של חוקים בשל היותם נוגדים את הוראותיהם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם") (המשנה לנשיאה א' ריבלין).

272 בג"ץ 4769/95 **מנחם נ' שר התחבורה**, פ"ד נז(1) 235, 263 (2002) (השופטת ד' ביניש). ראו גם ע"פ 6659/06 **פלוני נ' מדינת ישראל**, פ"ד סב(4) 329, 372–373 (2008) ("לא במהרה יתערב בית המשפט ויבטל הוראת חוק שיצאה מבית המחוקקים... בית המשפט לא ימשוך ידו מן הביקורת החוקתית על חקיקה, אך הוא ינהג בה בזהירות") (הנשיאה ד' ביניש); פרשת **דסטה**, לעיל ה"ש 153, פס' 22 לפסק-דינה של הנשיאה מ' נאור.

273 בש"פ **פלוני**, לעיל ה"ש 271, פס' 34 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

"בית משפט זה איננו שש לבטל חוקים. רתיעה זו איננה נובעת מכך שבית המשפט איננו מגלה אחריות; ההיפך הוא הנכון. ביקורת חוקתית מאוזנת נועדה לשמור על הקשר העדין בין בית המשפט לבין הכנסת והממשלה. השאיפה היא במידת האפשר לא להורות על בטלות חוקים."²⁷⁴

אכן, "ביטול חוק הינו מוצא אחרון."²⁷⁵ הוא בבחינת "אמצעי אחרון, שיש לפנות אליו רק כאשר כלו כל הקיצין."²⁷⁶ הכרזה על בטלות החוק היא בגדר "נשק יום הדין,"²⁷⁷ "נשק לא קונבנציונלי."²⁷⁸ בשימוש בה נדרשים אפוא "ריסון, זהירות ואיפוק מיוחדים."²⁷⁹ "כלל גדול הוא כי אל לבית המשפט להורות על ביטול חוק מטעמים חוקתיים, אלא אם אין מנוס מכך. כוח זה של בית המשפט הוגדר כ'נשק לא קונבנציונלי'. השימוש בו חייב להיות מדוד וזהיר. רשות-רשות ותפקידה."²⁸⁰ רצינות זו ואיפוק זה מקורם בעקרון הפרדת הרשויות ובהתחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות. אין בהם הנסגת דעת (deference) של השופט.²⁸¹ הם מתבקשים "מתוך כבוד למחוקק ומתוך עקרון הפרדת הרשויות העומד במרכז שיטת המשפט הישראלית."²⁸² מעקרון הפרדת הרשויות מתבקשת גם המסקנה כי על בית-המשפט לבטל חוק שנוגד חוק-יסוד בשל עליונותו של חוק-היסוד, תהא דעתו של השופט בעניין זה אשר תהא. ההתנגשות שהשופט עוסק בה אינה בין עמדת המחוקק לעמדתו שלו, אלא בין עמדתה של הרשות המחוקקת לבין עמדתה של הרשות המכוננת. חוק או חוקה – חוקה עדיפה. על-כן, כאשר אין מנוס, יש להצהיר על בטלות החוק, שאם לא כן לא ימלא בית-המשפט את חובתו. ובלשונו של השופט ע' פוגלמן:

-
- 274 פרשת איתן, לעיל ה"ש 187, פס' 13 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל.
 275 בש"פ פלוגי, לעיל ה"ש 271, פס' 6 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור. ראו גם פרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר, לעיל ה"ש 204, פס' 29 לפסק-דינה של השופטת מ' נאור ("כלים אלה הם בבחינת 'מוצא אחרון', שיש להשתמש בהם בזהירות ובריסון רב").
 276 פרשת אבנרי, לעיל ה"ש 54, פס' 56 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (ההדגשה במקור). ראו גם בג"ץ 2311/11 סבה נ' הכנסת, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 17.9.2014); רע"א 7204/06 ארליך נ' ברטל, פס' 40 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 22.8.2012); בג"ץ 5113/12 פרידמן נ' כנסת ישראל, פס' 5 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (פורסם בנבו, 7.8.2012).
 277 ראו פרשת גניס, לעיל ה"ש 268, פס' 2 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין.
 278 ראו ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 151, בעמ' 343.
 279 ראו פרשת איתן, לעיל ה"ש 187, פס' 1 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.
 280 ראו פרשת דסטה, לעיל ה"ש 153, פס' 4 לפסק-דינו של השופט נ' הנדל.
 281 על הנסגת הדעת ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 488. ראו גם: MATTHEW LEWANS, ADMINISTRATIVE LAW AND JUDICIAL DEFERENCE (2016).
 282 פרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרת ישראל, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

"לא נעלם מעינינו כי תוצאת פסק דינו זה היא שאנו שבים ומבטלים חקיקה ראשית של הכנסת. ערים אנו לכובד משקלה של דוקטרינת הפרדת הרשויות... אלא שהסדרים שקבע התיקון החדש לחוק למניעת הסתננות פוגעים בצורה מהותית, עמוקה ויסודית בזכויות אדם. אין הם עומדים בתנאי פסקת ההגבלה, ואין הם צולחים את הביקורת החוקתית. משכך, לא ניתן אלא להכריז על בטלותם. לא ברצון עשינו זאת; מכוח חובתנו עשינו זאת."²⁸³

בבטלו חוק השופט מגן על חוק-היסוד; הוא מגן על ערכיה של הדמוקרטיה החוקתית שעניינם שלטון הרוב וזכויות האדם. אסור שהשופט יכניס את עצמו למצב של קיפאון. בצד כבוד החוק מונח כבוד החוקה. מקום שהשופט סבור כי החוק פגע לא כדין בחוקה, עליו לומר את דברו. זהו תפקידו.²⁸⁴

בטרם יכריז בית-המשפט על בטלותו של חוק, עליו לבחון אם ניתן לתת סעד חוקתי המקיים את התכליות המונחות ביסוד הסעד החוקתי מבלי להכריז על בטלותו של החוק. אם אפשרות כזו קיימת, יש להעדיפה. בהקשר זה באים בחשבון שלושה סעדים חוקתיים: הראשון עניינו הפרדה (severance) בין החלקים הבלתי-חוקתיים שבחוק הפוגע לבין חלקי החוקתיים; השני עניינו קריאה לתוך החוק (reading in); והשלישי חל במצבים של מחדל חקיקתי, שבהם הסעד החוקתי של ביטול החוק הבלתי-חוקתי אינו אפקטיבי כלל או שהאפקטיביות שלו מוגבלת. במצבים אלה על בית-המשפט להנחות את המחוקק לקבוע הסדר נורמטיבי המקיים את חובתו החוקתית לכבד את הזכויות החוקתיות. מקום שהנחיה כזו אינה מעשית, על בית-המשפט לתת פתרון הלכתי למחדל החקיקתי – פתרון העולה בקנה אחד עם מגבלותיו המוסדיות של בית-המשפט. נעמוד בקצרה על כל אחד מסעדים חוקתיים אלה.

(ב) סעד חוקתי של הפרדה בין החלק הבלתי-חוקתי לבין החלק החוקתי

הסעד החוקתי של הפרדה מאפשר הפרדה בין החלק הבלתי-חוקתי של חוק נתון לבין חלקו החוקתי של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. על-פי סעד ההפרדה, ניתן לצמצם את תחולת ההכרזה על בטלות החלק הבלתי-חוקתי בלבד.²⁸⁵ "בית-המשפט רשאי לערוך ניתוח בגוף החוק, ולהפריד – על-פי עקרון 'העיפרון הכחול' – בין החלק התקף לבין החלק הבטל."²⁸⁶ כך, למשל, הכריז בית-המשפט העליון על בטלותם של חלקים מחוק יישום ההתנתקות הדנים בפיצוי, תוך

283 ראו פרשת איתן, לעיל ה"ש 187, פס' 212 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

284 ברק שופט בחברה דמוקרטית, לעיל ה"ש 151, בעמ' 340.

285 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 735. ראו גם ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA, לעיל ה"ש 145, בעמ' 14-45; Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-98. בית-המשפט רשאי כמובן להשעות את הכרזת הבטלות של החלק הבלתי-חוקתי. על ההשעיה ראו להלן בעמ' 367.

286 פרשת לשכת מנהלי ההשקעות בישראל, לעיל ה"ש 235, בעמ' 413-414 (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת גניס, לעיל ה"ש 268, בעמ' 273.

הפרדה בינם לבין החלקים האחרים של החוק הדנים בעצם חוקתיותו של הפינני.²⁸⁷ בית-המשפט ציין כי "אין בביטול ההוראות בחוק יישום ההתנתקות... כדי להשפיע על חוקתיות הפינני".²⁸⁸ אכן, "בית המשפט אינו חייב להורות על ביטול החוק כולו. הוא רשאי להורות על הפרדתו של החוק, כך שיבוטלו אותן הוראות מן החוק הלוקות בפגם החוקתי, תוך הותרת יתר ההוראות בתוקפן".²⁸⁹ בית-המשפט רשאי להשתמש בסעד החוקתי של הפרדה רק כאשר הגיע למסקנה כי הפגיעה בזכות החוקתית אינה מידתית וכי הסעד החוקתי המתבקש הוא הכרזה על בטלותו של החוק. כדי למנוע סעד זה, בית-המשפט רשאי לנקוט סעד של הפרדה.

בית-המשפט יקבל החלטה של הפרדה רק "אם החלק התקף עומד על רגליו הוא וממשיך להגשים את התכלית החקיקתית, ולו באופן חלקי".²⁹⁰ על-כן אין מקום להפרדה אם החלק החוקתי של החוק והחלק הבלתי-חוקתי קשורים זה לזה ואחוזים זה בזה באופן שאינו מאפשר להפרידם זה מזה מבלי לפגוע במבנה הנורמטיבי של החוק. אין מקום להפרדה "כאשר כתוצאה מכך יפגע האיזון הפנימי שבחוק וישבושו תכליותיו".²⁹¹

עקרון ההפרדה הרגיל מבחין "פיזית"²⁹² בין חלקי החוק החוקתיים הנשארים בתוקף לבין חלקי החוק שאינם חוקתיים ומוכרזים כבטלים. בתי-משפט אחדים הרחיבו את עקרון ההפרדה לעבר הפרדה מושגית (notional severance).²⁹³ על-פיה בית-המשפט קובע (מושגית) כי הוראת החוק בשלמותה תפורש כך שהיא תחול רק בהתקיים התנאים החוקתיים. קביעה זו אינה אפשרית על-פי כללי הפרשנות הרגילים, שכן היא נותנת ללשון החוק מובן שהיא אינה יכולה לשאת. ההפרדה המושגית אינה מתיימרת לפרש את הוראת החוק. מטרתה היא לתת לשופט הנחיה כדי להפעיל את הוראת החוק

287 ראו פרשת **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 1, פס' 474 לפסק-הדין.

288 שם, פס' 480 לפסק-הדין.

289 פרשת **חוק האזרחות והכניסה לישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 350 (הנשיא א' ברק).

290 ראו פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 414 (הנשיא א' ברק).

291 פרשת **אבנרי**, לעיל ה"ש 54, פס' 41 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר. ראו גם פרשת **חוק האזרחות והכניסה לישראל**, לעיל ה"ש 1, פס' 99 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק; פרשת **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' שר האוצר**, לעיל ה"ש 204, בעמ' 638 (הנשיא ד' ביניש); פרשת **אדם**, לעיל ה"ש 1, פס' 116 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל ופס' 43 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן; פרשת **איתן**, לעיל ה"ש 187, פס' 81 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן.

292 ראו פרשת **גניס**, לעיל ה"ש 268, בעמ' 267–268 ("עקרון העיפרון הכחול (הרגיל) מניח אפשרות פיזית להקיף בקו (של 'עיפרון כחול') את חלקו הפגום של החוק... ולגזור אותו מגופו של הטקסט") (השופט מ' חשין).

293 ראו Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9–102 ("Notional severance is one of the more difficult remedies to understand. Like severance, it involves removing parts of the offending provision while leaving other words and provisions intact. However, as the adjective 'notional' suggests, no words are actually excised from the law. Instead the unconstitutional reach of the provision is identified by limiting the cases to which the law can apply or by making its valid operation subject to a condition").

בדרך חוקתית. על-כן מקום שיש תחולה לכלל הפרשנות לפי החוקה, אין צורך ואין מקום להפרדה המושגית. רק מקום שכללי הפרשנות הרגילים אינם מאפשרים פירוש הנותן לכל החוק מובן חוקתי יש מקום לנקוט הפרדה מושגית. הנה דוגמה להפרדה מושגית.²⁹⁴ הוראה של חוק העונשין הקנדי קבעה כי מבצעים בצוותא נושאים באחריות פלילית לביצוע עברה שונה או נוספת אם הם "ידעו או היו צריכים לדעת כי ביצוע העברה השונה או הנוספת הוא תוצאה אפשרית של מימוש המטרה המשותפת".²⁹⁵ בית-המשפט העליון של קנדה סבר כי ההוראה המטילה אחריות פלילית על מי ש"היו צריכים לדעת" ולא ידעו בפועל היא ראויה בהקשר של רוב העברות, אך לא בהקשר של עברת רצח או ניסיון לרצח. בהתאם לכך קבע בית-המשפט כי ההוראה בעניין "היו צריכים לדעת" תחול לגבי כל העברות הפליליות, למעט עברת הרצח ועברת הניסיון לרצח.

דוגמה להפרדה מושגית ניתן למצוא גם בפרשה הדרום-אפריקאית בעניין *Islamic Unity Convention*.²⁹⁶ הוראת חוק אוסרת שידור אשר "is likely to prejudice relations between sections of the population"²⁹⁷ בית-המשפט החוקתי קבע כי הוראה זו קובעת איסור רחב מדי, הפוגע בזכות לחופש הביטוי מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.²⁹⁸ בית-המשפט ציין כי הכרזה על בטלות ההוראה אינה ראויה, שכן ייווצר חסר שלא יהיה אפשר להשלימו.²⁹⁹ לפיכך החליט בית-המשפט לבצע הפרדה מושגית. הוא קבע כי האיסור לא יחול על חופש ביטוי מוגן, אלא רק על כל אותם ביטויים שהוצאו על-פי החוקה מתחום חופש הביטוי.³⁰⁰

בהפרדה מושגית יש לעשות שימוש זהיר. דבר אחד הוא לחלק את הטקסט הלשוני לחלק חוקתי ולחלק שאינו חוקתי; דבר אחר הוא לחלק את המובן של הטקסט החוקתי עצמו. דומה שמכשיר חוקתי זה מצוי על גבול המעורבות השיפוטית, ועל-כן השימוש בו צריך להיות קפדני. בוודאי אין להשתמש בו לעניין ההיבט החיובי של הזכויות

294 ראו: R. v. Logan, [1990] 2 S.C.R. 731, paras. 63–64 (Can.). ראו גם: *Graham v Minister for Immigration and Border Protection* [2017] HCA 33, para. 66 (Austl.) (Kiefel CJ).

295 "Knew or ought to have known". הנוסח האנגלי: Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21. "that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose".

296 *Islamic Unity Convention v. Independent Broadcasting Authority* 2002 (4) SA 294 (CC) (S. Afr.).

297 Independent Broadcasting Authority Act 153 of 1993, § 2(a) (S. Afr.).

298 המצויה בס' 36 לחוקה של דרום-אפריקה.

299 ראו עניין *Islamic Unity Convention*, לעיל ה"ש 296, פס' 54 לפסק-דינו של הנשיא לנגה (Langa).

300 ס' 16(1) לחוקה של דרום-אפריקה קובע הוראה רחבה באשר לחופש הביטוי. ס' 16(2) קובע: "The right in subsection (1) does not extend to – (a) propaganda for war; (b) incitement of imminent violence; or (c) advocacy of hatred that is based on race, ethnicity, gender or religion, and that constitutes incitement to cause harm".

החוקתיות. כאשר אי-החוקתיות נובעת ממחדל חקיקתי, אין אפשרות למלא את החסר על-ידי הפרדה מושגית.³⁰¹

(ג) סעד חוקתי של קריאה לתוך החוק

ניתן למנוע את הצורך בביטול החוק מקום שיש אפשרות לקרוא לתוך החוק הסדריים שיש בהם כדי לעשותו לחוקתי.³⁰² זהו הסעד של קריאה לתוך החוק (reading in) או הרחבת החוק (extension)³⁰³ או עקרון פסק-הדין המוסיף (sentence additive).³⁰⁴ רוב המצבים שבהם דוקטרינה זו מוחלת הם מקרים שבהם הזכות הנפגעת היא הזכות החוקתית לשוויון.³⁰⁵ הדוגמה הטיפוסית³⁰⁶ היא זו שבה חוק מעניק טובת-הנאה ל-א בלבד ובכך פוגע בזכות החוקתית לשוויון של ב. לפגיעה זו אין צידוק. הסעד החוקתי המתבקש לכאורה הוא הכרזה על בטלות החוק. אולם סעד זה, הגם שהוא מבטל את הפגיעה בזכותו של ב לשוויון, אינו מעניק לו את טובת-ההנאה ופוגע בזכותו של א. הפתרון שנמצא הוא קריאה לתוך החוק של הוראה שלפיה טובת-ההנאה תינתן גם ל-ב. כותבת השופטת א' חיות בהקשר זה:

"במצב דברים זה ביטולה הגורף של ההטבה מחמת פגיעתה בשוויון לא תהא התרופה ההולמת, שכן יהיה בכך כדי לסכל את תכליתו הראויה של החוק תוך פגיעה בחברי הקבוצה אשר נהנים כדין מן ההטבה הקיימת. על כן פיתחו בתי המשפט בארצות הברית ובקנדה תרופה מתאימה אשר תרחיב את היקפו של

301 ראו פרשת *National Coalition for Gay and Lesbian Equality*, לעיל ה"ש 155, פס' 64 לפסק-דינו של השופט אקמן ("Where... the invalidity of a statutory provision results from an omission, it is not possible, in my view, to achieve notional severance... An omission (cannot, notionally, be cured by severance").

302 לקריאה לתוך החוק ראו בג"ץ 721/94 אל-על נתיבי אויר לישראל בע"מ נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749 (1994); בג"ץ 2458/01 משפחה חדשה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים, משרד הבריאות, פ"ד נז(1) 468, 419 (2002); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.5.2012); פרשת האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרת ישראל, לעיל ה"ש 54; בג"ץ 3734/11 דודיאן נ' כנסת ישראל, פ"ד סו(1) 65 (2012); בג"ץ 5771/12 משה נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עובדים לפי חוק הסכמים לנשיאת עובדים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996 (פורסם בנבו, 18.9.2014); פרשת אדם, לעיל ה"ש 1.

303 ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 76, בעמ' 760.

304 ראו Brewer-Carías, לעיל ה"ש 42, בעמ' 79.

305 ראו פרשת נסר, לעיל ה"ש 302, פס' 59 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש; האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרת ישראל, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

ראו גם Brewer-Carías, לעיל ה"ש 42, בעמ' 80.

306 שנידונה לראשונה בפרשת דנילוביץ, לעיל ה"ש 302, בעמ' 765.

ההסדר הקיים ותסיר בכך את הפגיעה החוקתית הכלולה בו, תוך שמירה על החוק ועל התכליות שאותן הוא נועד להגשים...³⁰⁷

בדוגמה זו, וברבים מפסקי-הדין, התוספת התבקשה כדי להרחיב את תחולתו של חוק הלוקה בתת-תחולה. באותה דרך ניתן גם לצמצם את תחולתו של חוק הלוקה בתחולת-יתר.³⁰⁸

הקריאה לתוך החוק אפשרית רק במקום שבו "קצרה יד הפרשן מלהושיע. לשון אחר: במקום שבו מסתיימת פרשנותו של חוק, מתחילה ה'קריאה לתוכו'";³⁰⁹ "כל עוד ניתן לצמצם את הפגיעה הפוטנציאלית שבהוראת החוק על דרך הפרשנות, יש להקדים את המהלך הפרשני, ולהשפיע בכך על הבחינה החוקתית בהתאם לפסקת ההגבלה".³¹⁰ הקריאה לתוך החוק מחייבת זהירות רבה.³¹¹ הסכנה של חציית הגבול שבין השופט למחוקק מרחפת על סעד חוקתי זה. אל לו לבית-המשפט להימצא במצב שבו רצונו לא לפגוע בחוק יביאו לידי פגיעה לא-ראויה במחוקק. בטרם יחליט בית-המשפט על קריאה לתוך החוק עליו לשקול כמה שיקולים: ראשית, עליו לבחון אם התוספת המבוקשת ברורה, חד-משמעית ופשוטה ליישום.³¹² כאשר השופט ניצב בפני כמה דרכי קריאה לתוך החוק, יש לשקול להשאיר את הבחירה בידי המחוקק.³¹³ שנית, על בית-המשפט לבחון אם התוספת המבוקשת מגשימה את התבנית החקיקתית הכוללת. ראוי לקרוא לתוך החוק הסדרים המשתלבים גם במבנה החקיקתי וגם בתכליות העיקריות של המחוקק. אין זה ראוי לקרוא לתוך החוק תוספת המשנה את החקיקה באופן מהותי או שיש בה "שינוי בלב ההסדר החקיקתי"³¹⁴ או "התערבות יתרה במירקם

307 פרשת **משה**, לעיל ה"ש 302, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת א' חיות.

308 ראו Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-109. אך ראו פרשת **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל**, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש ("השימוש בכלי זה אינו הדרך המתאימה לצמצום ההסדרים בחוק כמבוקש על-ידי העותרות. השימוש שנעשה בדרך כלל בדוקטרינה זו ביקש להחיל, בשם עקרון השוויון, את דבר החקיקה נשוא הביקורת גם על קבוצות שהמחוקק השמיט ממנו").

309 ראו גרוס, לעיל ה"ש 62, בעמ' 459.

310 פרשת **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל**, לעיל ה"ש 54, פס' 15 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

311 ראו פרשת **דודיאן**, לעיל ה"ש 302, פס' 59 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור ("הסעדים שמבקש העותר הם סעדים חוקתיים כבדי משקל, שבית המשפט משתמש בהם במקרים נדירים ובזהירות המתחייבת").

312 ראו פרשת **נסר**, לעיל ה"ש 302; פרשת **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משטרת ישראל**, לעיל ה"ש 54, פס' 19 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר; פרשת **דודיאן**, לעיל ה"ש 302, פס' 59 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור; ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 188.

313 ראו Roach, Constitutional Remedies in Canada, לעיל ה"ש 145, בעמ' 14-57; Brewer-Carías, לעיל ה"ש 42, בעמ' 81; ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 764. ראו גם: Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario, [1990] 2 S.C.R. 232 (Can.).

314 ראו פרשת **דודיאן**, לעיל ה"ש 302, פס' 59 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

החקיקה³¹⁵, אשר מצריכים כתיבה מחדש של החוק. **שלישית**, לעיתים המחקק צועד צעד ראשון בהסדרת סוגיה סבוכה ומורכבת מבחינה מדעית, אנושית או חברתית. במצב דברים זה אין זה ראוי לקרוא לתוך החוק צעדים נוספים אשר טרם ננקטו. עניין הוא למחקק. ובלשונו של המשנה לנשיא ש' לוי:

"טכניקה זו מותרת היא בעזרת עקרונות פרשנות חוקתיים של תוספת לחוק (reading in), אך אין נוקטים אותה מקום שמדובר בנושא מורכב שהשלכותיו אינן ברורות, ושמטיבו הוא טעון הסדרה על-ידי המחקק..."³¹⁶

רביעית, יש לבחון את ההשלכות התקציביות של הקריאה לתוך החוק.³¹⁷ נחזור לדוגמה שהבאנו לעניין ההפליה בין קבוצה א לקבוצה ב. קריאה לתוך החוק נראית ראויה אם הקבוצה המופלית קטנה ועל-כן ההשלכות התקציביות מצומצמות בהיקפן. שונה הדבר אם הקבוצה המופלית גדולה, כך שלהענקת טובות-ההנאה לה עלולות להיות השלכות תקציביות מרחיקות-לכת. במצב דברים זה ייתכן שאין מנוס מביטול ההטבה לקבוצה א. שיקול תקציבי זה תקף במיוחד לעניין מימוש ההיבטים החיוביים של הזכויות החוקתיות.³¹⁸ למימוש היבטים אלה יש לעיתים השלכות תקציביות ניכרות. במצב דברים זה אין זה ראוי לקרוא לתוך החוק מימוש היבטים אלה שהמחקק לא מצא מקום לממשם.

הסעד החוקתי של קריאה לתוך החוק מאפשר את הגשמת התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי (אפקטיביות, אישוש חוקי-היסוד והרתעה) תוך התחשבות מידתית בעקרונות המגבילים סעד זה (זכויות של צד שלישי, האינטרס של הציבור בממשל תקין, מערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות והמגבלות המוסדיות של בית-המשפט).³¹⁹

315 ראו פרשת **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 302, בעמ' 769.

316 פרשת **משפחה חדשה**, לעיל ה"ש 302, בעמ' 468. ראו גם פרשת **רובינשטיין נ' הכנסת**, לעיל ה"ש 153, פס' 22 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

317 ראו פרשת **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 302, בעמ' 769; ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 765; בג"ץ 4906/98 **עמותת "עם חופשי" לחופש דת, מצפון, חינוך ותרבות נ' משרד הבינוי והשיכון**, פ"ד נד(2) 503 (2000); בג"ץ 6758/01 **ליפשיץ נ' שר הביטחון**, פ"ד נט(5) 258, 277 (2005); פרשת **נסר**, לעיל ה"ש 302, פס' 59 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

318 ראו לעיל בעמ' 352–353.

319 ראו גרוס, לעיל ה"ש 62, בעמ' 461; פרשת **דנילוביץ**, לעיל ה"ש 302, בעמ' 769 ("תרופות אלה, ראויות הן במישור החוקתי. הן מקדמות את התכלית המונחת ביסוד ההסדר החוקתי. הן מונעות את הצורך לבטל את דבר החקיקה. השימוש בתרופה זו אינו עניין מכאני") (המשנה לנשיא א' ברק); פרשת **משה**, לעיל ה"ש 302, פס' 36 לפסק-דינה של השופטת א' חיות ("במצב דברים זה ביטולה הגורף של ההטבה מחמת פגיעתה בשוויון לא תהא התרופה ההולמת, שכן יהיה בכך כדי לסכל את תכליתו הראויה של החוק תוך פגיעה בחברי הקבוצה אשר נהנים כדין מן ההטבה הקיימת"). ראו גם: Deborah Beers, *Extension versus Invalidity of Underinclusive Statutes: A Remedial Alternative*, 12 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 115 (1975); Evan H. Caminker, *A Norm-Based Remedial Model for Underinclusive Statutes*, 95 YALE L.J. 1185 (1986).

(ד) סעד חוקתי במצבים של מחדל חקיקתי

(1) מצבים של מחדל חקיקתי ופתרונם

במספר ניכר של מקרים הפגיעה בזכות החוקתית נגרמת בשל העדר חקיקה המגשימה את ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות.³²⁰ כך, למשל, הבה נניח כי החקיקה הקיימת אינה מגשימה במלואה את ההיבט החיובי של הזכות לקיום מינימלי בכבוד,³²¹ לחינוך³²² או לבריאות.³²³ לאי־מימוש מלא זה אין צידוק – כך אנו מניחים – שכן ההימנעות מחקיקה אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.³²⁴ הבה נניח גם כי לא מתקיימים התנאים לקריאה לתוך החוק³²⁵ או להפרדה בין החלקים השונים.³²⁶ הסעד החוקתי המבקש לממש את ההיבט החיובי שנפגע ללא צידוק אינו ביטולם של ההסדרים הקיימים, המממשים את ההיבט החיובי באופן חלקי בלבד. נהפוך הוא: הכרזת הבטלות תגדיל את הפגיעה בזכות החוקתית. הסעד החוקתי במצב דברים זה הוא הכרזה על אי־חוקתיותו של החוק (בלא הכרזה על בטלותו) תוך מתן הנחיה למחוקק למלא את חובתו החוקתית. העדרה של החקיקה – על רקע קיומה של זכות חיובית כלפי המחוקק – הוא "מחדל חקיקתי" (legislative omission).³²⁷ הפתרון הוא שינוי המחדל על־ידי המחוקק בהנחיית בית־המשפט.

מקרים נוספים הנכללים בקטגוריה זו הם מקרים של פגיעה בזכות החוקתית לשוויון. עמדנו על הדוגמה של חוק המעניק טובת־הנאה לקבוצה א בלבד ובכך פוגע ללא צידוק בזכותה לשוויון של קבוצה ב, המבקשת טובת־הנאה דומה לעצמה.³²⁸ ראינו כי סעד חוקתי אפשרי במצב זה הוא קריאה לתוך החוק של הוראה כי טובת־הנאה תינתן גם לקבוצה ב. אולם לסעד חוקתי זה נקבעו גבולות.³²⁹ מה הדין אם בנסיבות המקרה הסעד החוקתי של קריאה לתוך החוק אינו אפשרי? במצב דברים זה הכרזת בטלות לא תקיים את מטרות הסעד החוקתי. קבוצה ב מלינה על פגיעה בזכותה לקבל טובת־הנאה דומה לזו של קבוצה א. הכרזת בטלות לא תממש את ההיבט החיובי של הפגיעה בזכותה של קבוצה ב לשוויון. הסעד החוקתי האפקטיבי ביותר הוא הכרזה על אי־חוקתיותה של החקיקה הקיימת, תוך מתן הנחיה למחוקק לקבוע הסדר שלא תהיה בו הפליה.

320 על ההיבט החיובי של הזכות החוקתית ראו ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 347.

321 ראו שם, בעמ' 547.

322 ראו שם, בעמ' 793.

323 ראו שם, בעמ' 579.

324 על תחולתה של פסקת ההגבלה מקום שהפגיעה היא בהיבט החיובי של הזכות החוקתית ראו ברק

מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 513.

325 לתנאים אלה ראו לעיל בעמ' 354–355.

326 להפרדה ראו לעיל בעמ' 350.

327 על המחדל החקיקתי ראו להלן בעמ' 358.

328 ראו לעיל בעמ' 353.

329 ראו לעיל בעמ' 354–355.

(2) הסעד החוקתי של הנחיה למחוקק במקרים של מחדל חקיקתי

[א] משפט משווה

הסעד החוקתי של הנחיה למחוקק למלא את שהחסיר במחדל החקיקתי הוא סעד ידוע ומקובל במשפט המשווה.³³⁰ לעיתים נקבע כי ההנחיה מדריכה את המחוקק, ולעיתים נקבע כי היא מחייבת אותו. כותב Brewer-Carías:

"Constitutional courts have progressively assumed a more positive role regarding the Legislator, issuing not only directives, but also orders or instructions, for the Legislator to reform or correct pieces of legislation in the sense indicated by the Court."³³¹

בגישה זו משתמשים בתי-המשפט החוקתיים בגרמניה,³³² בבלגיה,³³³ באוסטריה³³⁴ ובמדינות נוספות. במסגרת זו קבעו לעיתים בתי-המשפט לוח-זמנים שבמסגרתו המחוקק חייב לפעול.³³⁵ כך, למשל, בית-המשפט החוקתי הגרמני קבע כי הוראה בחוק שקבעה מס עיזבון אינה חוקתית, שכן היא פוגעת בזכות לשוויון, ועל-כן הכריז על אי-חוקתיותה, והורה למחוקק לתקן את החקיקה המפלה. בית-המשפט קבע כי שינוי זה צריך להיעשות עד למועד שננקב בפסק-הדין.³³⁶

[ב] משפט ישראלי

ככלל אין לבית-המשפט סמכות להורות לכנסת לחוקק. דבר זה נגזר מעקרון הפרדת הרשויות.³³⁷ עמדו על כך הנשיא א' גרוניס והמשנה לנשיא מ' נאור בפרשת אקסלרוד:

330 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 42, בעמ' 149 (Instead of annulling the provision) in some cases the courts referred to the legislator for it to produce the needed legislation, and in other cases, the constitutional court issued directives, guidelines, recommendations, and even order to the legislature to correct the unconstitutional (legislature omission).

331 שם, בעמ' 160.

332 ראו Rupp-v.Brünneck, לעיל ה"ש 241, בעמ' 393; DONALD P. KOMMERS, THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE OF THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY 60 (1989).

ראו גם: BVerfGE 18, 257 (1964); BVerfGE 26, 100 (1969).

333 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 42, בעמ' 161.

334 ראו שם, בעמ' 163.

335 ראו שם, בעמ' 164.

336 BVerfGE 117, 1 (2006).

337 ראו בג"ץ 5677/04 עמותת "אלערפאן" נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 16.3.2005).

"אין בידי בית המשפט להורות למחוקק לחוקק חוק. קיים הבדל תהומי בין ביטולו של חוק בשל פגם חוקתי לבין ציווי על המחוקק להסדיר נושא כלשהו בחקיקה."³³⁸

בפרשת המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל ציין הנשיא א' גרוניס:

"אין זה מתפקידו של בית המשפט הגבוה לצדק להורות לממשלה או לכנסת לפעול לצורך חקיקתה של חקיקה ראשית של הכנסת... כך מנחים אותנו יסודות המשטר הדמוקרטי בישראל, וכך מחייבים אותנו עקרונות הכיבוד ההדדי בין רשויות השלטון בישראל."³³⁹

יש להכיר בחריג לכלל זה מקום שחוקי היסוד מכירים בהיבט חיובי של זכות חוקתית.³⁴⁰ כך הדבר בישראל, בין היתר, לעניין הזכויות הקבועות בסעיף 4 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שלפיהן "כל אדם זכאי להגנה על חייו, על גופו ועל כבודו". היבט חיובי זה מטיל חובה חוקתית על המחוקק לקבוע מערכת דינים המממשת אותו.³⁴¹ חובה על המחוקק לחוקק. כאשר אי-החקיקה אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה, המחוקק מפר באי-חקיקתו את חובתו החוקתית לכבד את הזכות לחיים, הזכות לגוף והזכות לכבוד. לפנינו מצב של מחדל חקיקתי. במצב דברים זה בית-המשפט מוסמך להכריז על אי-החקיקה כהפרה של הזכות החוקתית, ולצוות על המחוקק לקיים את חובתו. אין בכך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות. עיקרון זה אינו מתיר לפגוע בזכות חוקתית. לא למותר לציין כי אם פתוחות לפני המחוקק כמה אפשרויות, יצווה עליו בית-המשפט לבחור באחת האפשרויות לפי שיקול-דעתו של המחוקק.³⁴² שיקול-דעת זה צריך להיות מופעל באופן המקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.

338 בג"ץ 129/13 **אקסלרוד נ' ממשלת ישראל**, פס' 2 לפסק-דין של הנשיא א' גרוניס והמשנה לנשיא מ' נאור (פורסם בנבו, 26.1.2014). ראו גם בג"ץ 11716/05 **פרץ נ' יו"ר הכנסת בשם הכנסת** (פורסם בנבו, 7.3.2006); פרשת **דודיאן**, לעיל ה"ש 302; בג"ץ 8233/13 **כץ נ' כנסת ישראל**, פס' 5 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר (פורסם בנבו, 10.3.2014).

339 בג"ץ 4491/13 **המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל**, פס' 48 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס (פורסם בנבו, 2.7.2014). ראו גם בג"ץ 7717/13 **קוליאן נ' שר האוצר** (פורסם בנבו, 2.10.2014); בג"ץ 589/17 **פלוגית נ' הכנסת** (פורסם בנבו, 26.1.2017); בג"ץ 7251/16 **שמיר נ' כנסת ישראל** (פורסם בנבו, 5.6.2017).

340 ראו בג"ץ 343/08 **רוה נ' שר המשפטים**, פס' 3 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 29.7.2008).

341 ראו ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד", לעיל ה"ש 14; רונן פוליאק "סעד החובה לחוקק: הצעה למתווה הדרגתית" **משפטים** 30 (צפוי להתפרסם ב-2018); ברק "תורת שלושת השלבים", לעיל ה"ש 1.

342 ראו: BVerfGE 57, 381 (1981). בית-המשפט החוקתי ציווה על המחוקק לתקן הוראה בלתי-חוקתית בספר החוקים האזרחי. הוא ציין כי המחוקק חופשי לתקן את ההוראה הקיימת או לקבוע

(3) חובת הכיבוד של הרשות השופטת בעת מחדל חקיקתי

ההיבט החיובי של הזכויות החוקתיות מטיל על הרשות השלטונית חובת עשה. חובה זו מוטלת בראש ובראשונה על המחוקק. עם זאת, אין היא מוגבלת אך למחוקק. כל אחת מרשויות השלטון חייבת "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".³⁴³ חובת הכיבוד מוטלת גם על הרשות השופטת. על-כן מוטלת על הרשות השופטת החובה ליתן – בצד ההכרזה כי החקיקה הקיימת אינה חוקתית – פתרון הלכתי למחדל החקיקתי. על בית-המשפט להכיר בעילת תביעה שתאפשר לפרט הנפגע לקבל סעד חוקתי בגין הפגיעה בזכותו החוקתית. כך נוהגים בתי-משפט רבים במשפט המשווה.³⁴⁴ בישראל יהא זה חלק מהמשפט המקובל הציבורי הישראלי. הוא יהווה חלק מעילת התביעה ההלכתית לסעד חוקתי. על-כן עליה לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.³⁴⁵ הסדרים אלה יכולים לפעול מעבר לגבולות הקבועים לקריאה בתוך החוק, שכן אין הם מבקשים לשנות דבר חקיקה קיים. הם פועלים מחוץ לגדריו של החוק שהוכרז כבלתי-חוקתי.³⁴⁶ בטרם יקבע בית-המשפט את הדינים הממלאים את שהחסיר המחדל החקיקתי, ראוי שתהא פנייה אל המחוקק. כך מתבקש משיקולים של היחסים בין הרשויות השלטוניות. רק כאשר מתברר כי החקיקה אינה קרובה, ישרים בית-המשפט את שהחסיר המחוקק, וגם אז תוך התחשבות במגבלותיו המוסדיות.³⁴⁷

(4) מעמדו של חוק שהוכרז כבלתי-חוקתי בלא הצהרת בטלות

שאלה חשובה היא מהו מעמדו של חוק בלתי-חוקתי בשל המחדל החקיקתי בתקופת-הביניים שבין ההצהרה על אי-חוקתיותו לבין שינוי על-ידי המחוקק בעקבות הנחיה שיפוטית. בהעדר הצהרת בטלות, החוק בתוקף. אולם האם פירוש הדבר שיש לנהוג על-פיו כבעבר? בית-המשפט החוקתי הגרמני נתן לכך תשובה שלילית. אין לנהוג על-פי החוק הבלתי-חוקתי כאילו היה כמו כל חוק אחר. יש ליתן ביטוי לכך שחוק זה, להבדיל מכל חוק אחר, נקבע כבלתי-תואם את החוקה. הדבר מוצא ביטוי בשלושה הקשרים.

הוראה חדשה. בפרשה אחרת קבע בית-המשפט החוקתי הגרמני כי החוק פוגע בזכות לחופש העיסוק. בית-המשפט ציווה על המחוקק לתקן את הפגיעה. ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 42, בעמ' 161.

343 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו; ס' 5 לחוק-יסוד: חופש העיסוק.

344 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 42, בעמ' 165. ראו גם: Mia Swart, *Left Out in the Cold?* Crafting Constitutional Remedies for the Poorest of the Poor, 21 S. AFR. J. ON HUM. RTS. (2005) 215.

345 ראו ברק *מידתיות במשפט*, לעיל ה"ש 1, בעמ' 159.

346 ראו פרשת *דנילוביץ*, לעיל ה"ש 302, בעמ' 767; ברק *פרשנות חוקתית*, לעיל ה"ש 76, בעמ' 766.

347 דוגמה ישראלית ניתן למצוא בפסק-דין המיעוט של השופט א' רובינשטיין ברע"א 4447/07 *מור נ' ברק אי.טי.סי.* [1995] *החברה לשרותי בוק בינלאומיים בע"מ*, פ"ד סג(3) 664 (2010). ראו גם ע"א 9183/09 *The Football Association Premier League Limited נ' פלוני*, פ"ד סה(3) 521 (2012).

ראשית, ההחלטה המנהלית או השיפוטית בעניינו של התובע או העותר הספציפי, אשר התבססה על החוקתיות של החוק, מתבטלת. העניין חוזר אל הגוף (המנהלי או השיפוטי) אשר החליט בו לראשונה, כדי שיקבל החלטה חדשה על בסיס החקיקה החדשה של המחוקק. בינתיים עניינו הספציפי של התובע או העותר ימתין עד להכרעת המחוקק. **שנית**, ההכרעות השיפוטיות בכל בתי-המשפט שבהם תלויים ועומדים עניינים שההכרעה בהם מותנית בדבר החקיקה שנקבע כבלתי-מתיישב עם החוקה מושעות עד לפעולת המחוקק.³⁴⁸ השעיה זו של ההליכים השיפוטיים היא חיונית משום שעל-פי התפיסה הגרמנית, פסק-דין שניתן הוא סופי, ואין לפתוח אותו גם אם הוא ניתן על בסיס דבר חקיקה שנקבע כבלתי-מתיישב עם החוקה. כדי להגן על זכויותיהם של אלה שעניינם כבר תלוי ועומד לפני בית-המשפט, ראוי להקפיא את ההליכים עד שהמחוקק יאמר את דברו. **שלישית**, השימוש בדבר החקיקה אשר הוכרז כנוגד את החוקה מוגבל למקרים חיוניים בלבד.³⁴⁹ בית-המשפט נוהג לקבוע בפסק-דינו אילו שימושים מותרים ואילו שימושים אסורים.³⁵⁰ לדעתנו, יש מקום לצעוד צעד נוסף ולקבוע כי בתקופת-הביניים יינתן לעותר ולאחרים כמותו פטור חוקתי.³⁵¹

2. הכרזה על בטלותו של החוק הפוגע

(א) הכרזת הבטלות ובעייתיה

הסעד של הכרזת הבטלות מעורר כמה שאלות: **ראשית**, מהי מהותה של הבטלות? האם הבטלות היא מוחלטת או יחסית? **שנית**, מהי תחולתה של הבטלות בזמן – האם היא פועלת למפרע (*ex tunc*), מיום מתן הכרעת הבטלות (*ex nunc*) או ממועד עתידי (*pro futuro*)? האם ניתן להשעות את תחילתה של תחולת הבטלות? מהם התנאים לכך? **שלישית**, מה היקף תחולתה של הכרזת הבטלות – האם החוק בטל או שמא רק הפעלתו במצבים מסוימים בטלה?

הכרזה על בטלותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה היא סעד חוקתי רגיל. בחוקות אחדות סעד זה קבוע במפורש בגוף החוקה. זה

348 ראו: Wolfgang Zeidler, *The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms*, 62 NOTRE DAME L. REV. 504, 519 (1987).

349 שם.

350 שם ("A provision which has been declared unconstitutional only can be implemented, entirely or partially, if constitutional reasons, especially those of legal security, necessitate continued implementation during the transitional period. However, the situation may require further clarification by the courts. To avoid potential ambiguity, the Federal Constitutional Court increasingly enumerates which legal consequences are to be valid in (the period pending passage of a new legal regulation)".

351 על הפטור החוקתי ראו לעיל בעמ' 338 וכן להלן בעמ' 371.

המצב, למשל, בחוקה של קנדה,³⁵² בחוקה של דרום-אפריקה³⁵³ ובחוקותיהן של כמה מדינות בארצות-הברית.³⁵⁴ לעיתים החוקה אינה קובעת כל הוראה מפורשת בעניין זה. במצבים אלה ניתן להסיק את הסעד החוקתי של בטלות כמשתמע מתוך החוקה.³⁵⁵ זהו המצב במישור הפדרלי בארצות-הברית.³⁵⁶

(ב) מהותה של הכרזת הבטלות

מהי מהותה של הכרזת הבטלות? אם החוק בטל, מדוע נדרש להכריז על בטלותו?³⁵⁷ תשובתנו היא כי מושג הבטלות הוא מושג משפטי, אשר תוכנו נקבע על-ידי בית-המשפט בהתחשב בהקשר שבו הוא מתעורר. עמד על כך בית-המשפט העליון בציינו:

"מושג הבטלות, כמושג משפטי ולא טבעי, הוא לעולם מושג יחסי וגמיש. נורמה משפטית יכולה להיות בטלה ומבוטלת לעניין פלוני ותקפה לעניין אלמוני; היא יכולה להיות כאין וכאפס כלפי ראובן ובעלת תוצאות מלאות כלפי שמעון... בטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד..."³⁵⁸

מהי התוצאה של בטלות החוק הפוגע? התוצאה היא שהאפקט המשפטי של הפגיעה אשר נגרם על-ידי החוק הפוגע מתבטל. הדבר דומה לחוק מאוחר בזמן שהיה קובע כי החוק המוקדם בזמן מתבטל. אכן, בית-המשפט המבטל חוק נתפס על-ידי פרופ' קלון כ"מחוקק שלילי".³⁵⁹ בפסק-דינו בית-המשפט מבטל את התוצאות הנורמטיביות

352 ראו ס' 152 (1) לחוקה של קנדה: "The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".

353 ס' 172 (1) לחוקה של דרום-אפריקה: "When deciding a constitutional matter within its power, a court (a) must declare that any law or conduct that is inconsistent with the Constitution is invalid to the extent of its inconsistency..."

354 להוראות מיוחדות בחוקותיהן של מדינות בארצות-הברית ראו Schuman, לעיל ה"ש 183; Phillips, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1309.

355 ראו ברק "על ההשתמעות בחוקה הכתובה", לעיל ה"ש 3, בעמ' 591.

356 ראו פרשת *Marbury v. Madison*, לעיל ה"ש 77.

357 ראו Fallon & Meltzer, לעיל ה"ש 121, בעמ' 1758.

358 פרשת שפירא, לעיל ה"ש 231, בעמ' 362 (השופט א' ברק). ראו גם בג"ץ 7067/07 חיים נתנאל בע"מ נ' שר המשפטים, פס' 37 לפסק-דינו של השופט א' א' לוי (פורסם בנבו, 30.8.2007). בג"ץ 243/80 מדוינסקי נ' בית הדין הצבאי לערעורים, פ"ד לה (1) 67, 76 (1980); פרשת סוקר, לעיל ה"ש 71, פס' 19 לפסק-דינו של השופט מ' חשין.

359 HANS Kelsen, LA GARANTIE JURIDICTIONNELLE DE LA CONSTITUTION (LA JUSTICE : 197-257 (Revue du droit public et de la science politique en France

שהחוק הפוגע קבע ואשר אינן מקיימות את תנאיה של פסקת ההגבלה. הבטלות פועלת כלפי כל רשויות השלטון וכלפי כל הפרטים.

בספרות המשפטית מקובל לתאר חוק פוגע שאינו מקיים את הדרישות החוקתיות כחוק בטל ומבוטל (void); כחוק שלא היה מעולם בר-תוקף (void ab inito); כחוק שהוא בטל מאליו (ipso iure); כחוק שהוא "כאין וכאפס",³⁶⁰ "כעפרא דארעא",³⁶¹ "פיסת נייר חסרת ערך".³⁶²

ביטויים מטפוריים אלה מטעים. "יש להבדיל בין הפגם לבין הנפקות. הכלל הקובע מה מותר ומה אסור נמצא במישור אחד, ואילו הסעד על הפרת הכלל נמצא במישור אחר. בכל מישור פועלת מערכת שיקולים מיוחדת התואמת את הצרכים והמטרות באותו מישור".³⁶³ נקודת המוצא העקרונית היא שהסעד החוקתי לעניין חוק הפוגע בהיבט השלילי של הזכות החוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה ראוי שיתבסס על שלילת האפקט המשפטי של החוק. בכך ניתן ביטוי לתכלית העיקרית של הסעד החוקתי, שעניינה מתן סעד אפקטיבי לנפגע.³⁶⁴ ייתכנו מצבים שבהם העקרונות המגבילים של הסעד יובילו את השופט למתן סעד אחר. עניין לנו באיזון בין שיקולים נוגדים. לדעתנו, אמת-המידה הראויה לעריכתו של איזון זה הם דיני המידתיות.³⁶⁵

(ג) אופייה הקונסטיטוטיבי של ההכרזה על בטלות החוק

מה אופייה של ההכרזה על בטלותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה – האם היא בעלת אופי הצהרתי או בעלת אופי קונסטיטוטיבי?³⁶⁶ לשאלה זו אין תשובה בתוך חוקי-היסוד עצמם.³⁶⁷ לדעתנו,

et a L'étranger, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1928) ראו גם את

HANS Kelsen, LA GARANTÍA JURISDICCIONAL DE LA CONSTITUCIÓN (LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL) (Universidad Nacional Autónoma de México, Mexico City, 2001). במסורת של המשפט הקונסטיטוטיבי החוק נחקק מספר חוקים.

360 ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה (2) 505, 514 (1980) (הדברים נאמרו לעניין חוזה שהוא "בטל" על-פי הוראת ס' 30 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973) (השופט מ' בן-פורת).

361 שם, בעמ' 520 (השופט מ' אלון).

362 ע"פ 284/74 שותפות אחים אריאל נ' מדינת ישראל, פ"ד כט (1) 390, 391 (1974) (נאמר לגבי היתר בנייה שנקבע כי ניתן לא כחוק). ראו גם פרשת שפירא, לעיל ה"ש 231, בעמ' 363 ("הדבקת תווית של בטלות אין בה כדי לפתור בעיה המתעוררת") (השופט א' ברק).

363 ע"פ 866/95 סוסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נ (1) 793, 816 (1996) (השופט י' זמיר). ראו גם רע"פ 4398/99 הראל נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (3) 637, 643 (2000) ("יש להפריד, במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטה מינהלית, בין שני מישורים: המישור הראשון – הפגם בהחלטה; המישור השני – נפקות הפגם") (השופט י' זמיר).

364 ראו לעיל בעמ' 322.

365 ראו לעיל בעמ' 334.

366 שאלה זו נידונה בהרחבה בפסק-דינו של השופט א' גולדברג בפרשת האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 235.

367 שם, בעמ' 131.

ההצהרה הינה בעלת אופי קונסטיטוטיובי.³⁶⁸ איננו מקבלים את התפיסה הנוהגת בכמה מדינות של המשפט המקובל (ארצות-הברית, קנדה, דרום-אפריקה) שלפיה ההצהרה היא בעלת אופי הצהרתי גרידא. לדעתנו, כל עוד בית-המשפט לא אמר את דברו, החוק תקף ויש לנהוג על-פיו. אולם כאשר בית-המשפט קובע כי החוק אינו חוקתי, הוא מביא לידי ביטול החוק, ואינו מצהיר אך על ביטול שהתרחש "מעצמו". ובלשונו של בית-המשפט העליון באחת הפרשות:

"בטלותה של החלטה חייבת להתייחס תמיד למהות הזכות המופרת, לסעד הנדרש, להליך בו נדרש הסעד ולצדדים הדורשים אותו. כל עוד לא נדרש הסעד הנכון, בהליך הנכון, על-ידי הצד הנכון, ההחלטה הפגועה ביותר ממשיכה לעמוד."³⁶⁹

על-פי גישה זו, בית-משפט המצהיר על בטלות החוק צריך להמשיך ולקבוע אם הצהרת הבטלות פועלת רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית.³⁷⁰

(ד) הכרזת הבטלות: מוחלטת או יחסית

בפסקי-הדין ובספרי המשפט נוהגים לעמת שתי גישות נוגדות באשר למעמדו של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה: על-פי הגישה האחת, החוק הפוגע בטל (void) באופן מוחלט, ואין לו כל תוקף משפטי; על-פי הגישה האחרת, החוק הפוגע אינו בטל באופן מוחלט, אלא רק באופן יחסי.³⁷¹

368 ראו: HANS KELSEN, GENERAL THEORY OF LAW AND STATE 159–160 (Anders Wedberg trans., 1945): "A legal norm is always valid, it cannot be nul, but it can be annulled. There are, however, different degrees of annullability. The legal order may authorize a special organ to declare a norm nul, that means, to annul the norm with retroactive force, so that the legal effects, previously produced by the norm, may be abolished. This is usually – but not correctly – characterized by the statement that the norm was void *ab initio* or has been declared 'nul and void'. The 'declaration' in question has, however, not a declaratory but a constitutive character. Without this declaration of the competent organ the norm cannot be considered to be void". ראו פרשת **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 126, שבו כתב השופט א' גולדברג כי "לעתים אי-החוקיות היא כה יסודית, עד כי ניתן לומר כי החוק אינו יותר מ'פיסת נייר', והוא יהא בטל ומבוטל גם ללא כל צורך בהכרזה שיפוטית". דוגמה לכך הוא חוק שהתפרסם בעיתון הרשמי אך לא עבר שלוש קריאות כנדרש. לדוגמה זו ראו שם, בעמ' 142 (פסק-דינו של השופט י' זמיר).

369 פרשת **שפירא**, לעיל ה"ש 231, בעמ' 362 (השופט א' ברק). כן ראו Kelsen, *Judicial Review of Legislation*, לעיל ה"ש 36, בעמ' 190; וכן Kelsen, *GENERAL THEORY OF LAW AND STATE*, לעיל ה"ש 368, בעמ' 159. ראו גם ברק **פרשנות חוקתית**, לעיל ה"ש 76, בעמ' 722.

370 ראו להלן בעמ' 364.

371 על שני סוגי הבטלות בתחום המשפט המנהלי ראו ברק-ארו **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 230, בעמ' 795.

לדעתנו, הן בבטלות המוחלטת והן בבטלות היחסית החוק תקף כל עוד בית-המשפט לא הכריז על בטלותו. בשני המקרים עם הכרזת הבטלות על בית-המשפט לקבוע את תוצאות הבטלות. תוצאות אלה אינן נקבעות על-פי סוגי הבטלות, אלא על-פי האיוון הראוי בין השיקולים הנוגדים המונחים ביסוד הכרזת הבטלות. איוון זה נעשה על-פי כללי המידתיות.³⁷² לעיתים איוון זה יוביל למסקנה כי תוקפו של החוק הפוגע פוקע מיום חקיקתו (רטוראקטיבית), ולעיתים המסקנה היא כי פקיעת התוקף היא ביום פסק-הדין (אקטיבית) או במועד עתידי (פרוספקטיבית).

(ה) תחולתה של הכרזת הבטלות בזמן

(1) האפשרויות הפתוחות

בית-המשפט הכריז על בטלותו של החוק. עם הכרזת הבטלות נשלל האפקט המשפטי של החוק.³⁷³ השאלה שאנו ניצבים בפניה עתה היא כיצד הכרזת הבטלות של החוק פועלת במישור הזמן:³⁷⁴ האם בטלותו של החוק פועלת למפרע (רטוראקטיבית); *ex tunc*,³⁷⁵ כלומר, תוקפו של החוק נשלל מיום חקיקתו?³⁷⁶ שמא בטלותו של החוק פועלת מיום ההצהרה ואילך (אקטיבית); *ex nunc*?³⁷⁷ ואולי שלילת האפקט המשפטי של החוק תחל רק במועד עתידי (פרוספקטיבית); *pro futuro*?³⁷⁸ הכרזת הבטלות היא בעלת אופי קונסטטיטויבי. עם הכרזת הבטלות על בית-המשפט לקבוע את תוצאות הבטלות, לרבות תוצאותיהן מבחינת הזמן. בקביעת תוצאות הבטלות מבחינת הזמן נתון לבית-המשפט שיקול-דעת. על בית-המשפט לבחור בפתרון המקיים את דיני המידתיות. הבחירה בין שלוש האפשרויות השונות אינה פשוטה. לכל גישה יש מעלות וחסרונות. המשפט ההשוואתי מלמד כי בתי-המשפט במדינות השונות, גם אם הם מאמצים גישה עקרונית, אינם פועלים על-פיה כדי מלוא הגיונה. לכל גישה המשפט המשווה מכיר בחריגים. נמצא כי חרף השוני העקרוני הרב, המשותף בין שלוש השיטות הנוגדות עולה על המפריד. שלושתן מכילות הוראות מיוחדות המכירות בכך שפעולות

372 ראו לעיל בעמ' 336.

373 ראו לעיל בעמ' 361.

374 בישראל התשובה לשאלה זו כפופה לפסקת שמירת הדינים. שאלה דומה מתעוררת באשר לתחולת ההלכה השיפוטית (במשפט המקובל) בזמן. ראו ברק **שיקול דעת שיפוטי**, לעיל ה"ש 167, בעמ' 411. ראו גם: Martin L. Friedland, *Prospective and Retrospective Judicial Lawmaking*, 24 U. TORONTO L.J. 170 (1974). THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS: למשפט השוואתי ראו: Patricia Popelier, Sarah Verstraelen, Dirk Vanheule & Beatrix Vanlerberghe eds., *IN TIME* (2014); BEN JURATOWITCH, *RETROACTIVITY AND THE COMMON LAW* (2008).

375 ראו THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME, לעיל ה"ש 374, בעמ' 8.

376 אם החוק נחקק לפני כינונה של חוקה, אזי תוקפו יישלל מיום כינונה של החוקה.

377 ראו THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME, לעיל ה"ש 374, בעמ' 9.

378 ראו Fallon & Meltzer, לעיל ה"ש 121; THE EFFECTS OF JUDICIAL DECISIONS IN TIME, לעיל ה"ש 374, בעמ' 10; Sujit Choudhry & Kent Roach, *Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies*, 21 SUP. CT. L. REV. 205 (2003).

משפטיות שנערכו בטרם הוצהר על בטלות החוק יעמדו בעינן. העיקרון של "מעשה בית-דין" מכובד. שלושתן קובעות הסדרים המאפשרים פתיחתם של הליכים פליליים שהסתיימו מכוחו של החוק הבטל. שלוש הגישות מעניקות סעד חוקתי אפקטיבי למי שפנה לבית-המשפט והניע אותו להכריז כי החוק אינו חוקתי ועל-כן בטל, וכן לאלה המצויים במעמד דומה.

שאלת-המפתח היא מהי נקודת המוצא הראויה, מהו כלל המוצא (ה-default position).³⁷⁹ לדעתנו, כלל המוצא הראוי הוא זה הקובע כי באופן עקרוני ההכרזה על בטלותו של החוק פועלת באופן אקטיבי (*ex nunc*) מיום ההכרזה. עם זאת, לבית-המשפט נתון שיקול-דעת לגבש סעד שונה, כגון בטלות רטרואקטיבית או פרוספקטיבית, בהתחשב באיזון הראוי בין השיקולים השונים המונחים ביסוד הסעד החוקתי במסגרת פסקת ההגבלה. עמד על כך בית-המשפט העליון:

"הקביעה כי חוק פוגע שלא כדין בזכות חוקתית, באשר הוא אינו מקיים את דרישות פסקת ההגבלה, אין משמעותה, מניה וביה, כי דינו של החוק בטלות, ולאחר. לבית המשפט נתון שיקול דעת באשר לסעד הראוי במצב זה... שיקול דעת זה משתרע הן לעניין הכרזת הבטלות עצמה והן לעניין מועד כניסת הבטלות לתוקף."³⁸⁰

גישה זו מכירה בכך שהכרזת הבטלות יוצרת מציאות נורמטיבית חדשה. למציאות זו עשויות להיות השלכות בתחומים שונים ומגוונים. כדי לפתור מצבים אלה – שהם בלתי-צפויים לעיתים – יש להעניק לבית-המשפט מכשיר משפטי גמיש, המסוגל להתמודד עם מציאות החיים החדשה.³⁸¹ הגישה שלפיה הכרזת הבטלות פועלת באופן אקטיבי היא נקודת מוצא ראויה. היא מעניקה לבית-המשפט את הגמישות הראויה. השימוש בגמישות זו נעשה במסגרת פסקת ההגבלה. על בית-המשפט לאזן בצורה מידתית את ההתנגשות בין השיקולים הנוגדים המונחים ביסוד הסעד החוקתי. אנו מודעים לכך שלגישה זו יש חסרונות, ושנמתחה עליה ביקורת – הן בישראל³⁸² והן מחוץ לה.³⁸³ עם זאת, דעתנו היא כי באיזון הכולל ידה על העליונה.³⁸⁴

379 Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 129-9.

380 ראו פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 350 (הנשיא א' ברק). ראו גם פרשת גלאון, לעיל ה"ש 153, פס' 41 לפסק-דינו של השופט (בדימ') א' לוי.

381 על הגמישות בסעד החוקתי ראו לעיל בעמ' 361.

382 ראו אריאל בנדור "הגבולות של השופט ברק (או האם באמת קיים שיקול דעת שיפוטי) – בעקבות ספרו של אהרן ברק, שופט בחברה דמוקרטית" משפט וממשל ט 261, 283 (2005); ברק-ארו משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 826.

383 ראו בעיקר: Robert Leckey, Bills of Rights in the Common Law 171 (2015), והספרות המובאת על-ידיו שם.

384 ראו פרשת האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 235, בעמ' 141-143; ברק-ארו משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 834. ראו גם בג"ץ 4264/02 שותפות המגדלים אעבלין

נקודת המוצא שלפיה תחולתה של הכרזת בטלות של חוק היא אקטיבית מובילה לתוצאה שכל הפעולות המשפטיות שהסתיימו על-פי החוק לפני ביטולו נשארות בעינן. חריג מיוחד יש להכיר לעניין פסקי-הדין הפליליים. מן הראוי שהמחוקק יקבע הסדרים מיוחדים לעניין זה, כמקובל במשפט המשווה. בהעדר הוראות מיוחדות, ראוי להסמך את הערכאות הדיוניות לדון בכל מקרה פלילי ולבחון את תוצאותיו, על בסיס הנחיות כלליות שיעוגנו בפסיקתו של בית-המשפט העליון.

התחולה האקטיבית יוצרת קושי מבחינתו של בעל הזכות להניע את ההכרעה השיפוטית. לכאורה, תביעתו שלו צריכה להיכשל, שכן הכרזת הבטלות אינה פועלת למפרע, ועניינו שלו נידון אפוא על-פי החוק שהוכרז כבטל מיום ההכרזה, ולא למפרע. תוצאה זו יש למנוע. התחולה האקטיבית צריכה להכיר אפוא בחריג שלפיו הכרזת הבטלות תפעל גם לטובתו של בעל הזכות שפנה לבית-המשפט.³⁸⁵ יתר על כן, לדעתנו, היא צריכה לפעול לטובתם של כל אותם בעלי זכות שעניינם נידון באותה עת בבתי-המשפט. המקריות שבמתן ההכרעה בעניינו של האחד אינה צריכה להוליד שוני בפתרון בינו לבין כל מי שעניינו מונח באותה שעה לפני בתי-המשפט.

התחולה האקטיבית אינה מונעת מבית-המשפט את האפשרות לקבוע, במקרים המתאימים, תחולה רטרואקטיבית. במיוחד כך מקום שהפגיעה בזכויות החוקתיות קשה ובוטה עד כדי כך "שגם הדיוט יבין שחוק כזה אינו חוק".³⁸⁶ בית-המשפט רשאי גם לקבוע תחולה פרוספקטיבית, שעל-פיה הבטלות תיכנס לתוקפה במועד עתידי שייקבע על-ידי בית-המשפט. בית-המשפט הנוקט דרך זו לא יצטרך לרוב להשעות את מתן פסקי-הדין, שכן הפרוספקטיביות של הצהרת הבטלות ממלאת תפקיד דומה להשעיה במקרה של הצהרת בטלות רטרואקטיבית או אקטיבית.³⁸⁷ עם זאת, קיים שוני מהותי בין הכרזת בטלות פרוספקטיבית לבין השעייתה של הכרזת הבטלות.³⁸⁸ כאשר בית-המשפט מכריז כי הבטלות נכנסת לתוקף במועד עתידי, התוצאה היא שעד אותה עת החוק תקף לכל דבר ועניין. לעומת זאת, כאשר בית-המשפט מכריז כי החוק בטל מיום ההכרזה (או רטרואקטיבית) אך משעה את מימוש הביטול, התוצאה היא שבתקופת ההשעיה החוק בטל, וממילא מתעוררת השאלה מה דין זכויותיהם של בעלי הזכות בתקופת ההשעיה. נעמוד על כך בעת דיונונו בדין ההשעיה.³⁸⁹

נ' המועצה המקומית אעבלין, פס' 31–32 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 12.12.2006).

385 ראו ע"א 4243/08 פקיד שומה גוש דן נ' פרי, פס' 35 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 30.4.2009) ("נראה לי כי מקרה זה מצדיק מתן תוקף פרוספקטיבי בלבד לפסיקה היום וזאת החל משנת המס שתחילתה בחודש ינואר 2010 – בסייג אחד והוא החלטה על הצדדים שבפנינו").

386 פרשת האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים, לעיל ה"ש 235, בעמ' 142 (השופט י' זמיר).

387 על השעיית הכרזת הבטלות ראו להלן בעמ' 367.

388 על שוני זה לא עמד Leckey, לעיל ה"ש 383, בדיונו בעמ' 107.

389 ראו להלן בעמ' 370.

(2) השעיית ההכרזה על תחילת בטלותו של החוק

[א] מהותה של השעיה

נקודת המוצא היא שבית-המשפט קבע כי חוק פוגע בזכות חוקתית וכי פגיעה זו אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. על רקע זה נקבע כי הסעד הראוי הוא הכרזה על בטלותו של החוק. בית-המשפט רשאי לקבוע עוד כי ההכרזה על בטלות החוק תיכנס לתוקפה במועד שנקבע על-ידי (vocatío sentencie). בעשותו כן הוא משעה את תחילתה של בטלות החוק.³⁹⁰

יש להבחין בין שאלת התחולה של הכרזת הבטלות במישור הזמן לבין שאלת ההשעיה. בשאלת התחולה בית-המשפט קובע כי תחולתה של הכרזת הבטלות של החוק היא רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית. בשאלת ההשעיה בית-המשפט קובע את המועד שבו תתחיל הכרזת הבטלות לפעול, כלומר, את מועד כניסתה של ההכרזה לתוקף.³⁹¹ על-כן בית-המשפט יכול לקבוע כי החוק הפוגע יתבטל מיום חקיקתו (תחולה רטרואקטיבית), ועם זאת להוסיף כי תוצאה זו תושעה עד למועד שייקבע על-ידי בית-המשפט.³⁹² הוא הדין אם בית-המשפט קובע כי תחולתה של בטלות החוק היא עם מתן פסק-הדין (תחולה אקטיבית). בית-המשפט רשאי להשעות את כניסתה של בטלות החוק למועד עתידי שייקבע על-ידי. זהו המקרה המקובל בפסיקה הישראלית.³⁹³ באופן עקרוני, בית-המשפט יכול לקבוע כי תחולתה של הבטלות היא במועד עתידי (תחולה פרוספקטיבית). במצב דברים זה לא יהא לרוב צורך בהשעיה של הצהרת הבטלות, שכן ממילא כבר נקבע כי תחולתה היא עתידית. עם זאת, נראה לנו כי בית-המשפט רשאי להוסיף ולקבוע כי בהתמלא תנאים מסוימים תושעה תוצאה זו

390 ראו BREWER-CARÍAS, לעיל ה"ש 42, בעמ' 95, המציין כי הסמכות להשעות את כניסתה של הכרזת הבטלות לתוקף מקובלת על-ידי רבות מהמדינות שיש בהן ביקורת חוקתית של החקיקה. ראו גם: Anthony Niblett, *Delaying Declarations of Constitutional Invalidity, in THE TIMING OF* LAWMAKING 299 (Frank Fagan & Saul Levmore eds., 2017).

391 ראו מרזל, לעיל ה"ש 184, בעמ' 44 ("הכלי התרופתי של השעיית הכרזת הבטלות קשור באופן עקרוני לתחילת פסק הדין ולא לתחולתו. השעיית סעד הבטלות משמעה קביעת מועד מאוחר לתחולת סעד הבטלות שבפסק הדין").

392 ראו בג"ץ 2994/90 פורז נ' ממשלת ישראל, פ"ד מד(3) 317, 323 (1990) ("קבלתה של העתירה מחייבת הפיכת הצו-על-תנאי למוחלט וקביעה שהתקנות חסרות תוקף הן מיום התקנתן; אך במקרה דנן קיימים, בנסיבות העניין המיוחדות, שיקולים כבדי משקל, המחייבים השעיית פועלו של פסק הדין. מחד גיסא, כבר מבוצעות עבודות פריצת דרכים באתרים נושא התקנות, ואנו מניחים, שפסק-דינו יחייב היערכות חדשה; מאידך גיסא, אין זה כלל מן הנמנע, שהכנסת תיאות לתת תוקף חוקי לפעולות שכבר נעשו, בשלמותן או בחלקן, על-ידי חקיקת חוק חדש. בנסיבות אלה הגענו לכלל מסקנה, שיש עמנו מקום לקבוע, שפסק-דינו ייעשה בר-פועל רק לאחר שיחלפו שלושה שבועות מהיום") (השופט ש' לויין).

393 ראו פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 416–417. בפרשה זו נקבע כי תחולתה של הכרזת הבטלות היא אקטיבית, אך לצד זאת ניתנה הוראה באשר להשעיית כניסתה לתוקף של אקטיביות הביטול למועד עתידי שנקבע בפסק-הדין.

למועד נוסף שייקבע בפסק-הדין. מכל מקום, רוב המקרים שבהם בית-המשפט משעה את כניסתו של פסק-הדין לתוקף הם מקרים שבהם תחולתה של הכרזת הבטלות היא רטרואקטיבית או אקטיבית.

[ב] הסמכות להשעות

חוקה עשויה לקבוע הוראה מפורשת שלפיה בית-המשפט מוסמך להשעות את כניסתה לתוקף של הכרזת הבטלות.³⁹⁴ בחוקות רבות שאלת ההשעה אינה מוסדרת במפורש. על רקע זה מתעוררת השאלה אם ניתן להכיר בסמכות ההשעה כחלק משיקול-הדעת הרחב שיש לבית-המשפט בעיצוב הסעדים החוקתיים.³⁹⁵ בתי-המשפט במדינות המשפט הקונטיננטלי נמנעים לרוב מלהכיר בסמכות זו. שונה גישתם של בתי-המשפט במדינות המשפט המקובל. בתי-משפט אלה הכירו ביד רחבה בסמכות ההשעה של בית-המשפט.³⁹⁶

בישראל הוכרה סמכות ההשעה של בית-המשפט בגדרי המשפט המנהלי.³⁹⁷ עם כינונם של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם הוכרה סמכות ההשעה גם מקום שבית-המשפט מכריז על בטלותו של חוק הפוגע בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל** קבע בית-המשפט העליון:

"סמכותנו להשעות את מועד כניסתה לתוקף של הצהרת בטלות מבוססת היטב. אכן, לא פעם השעינו בעבר את מועד כניסתה לתוקף של הצהרה בדבר בטלותה של חקיקת משנה החורגת מסמכות... סמכות דומה נתונה, במשפט המשווה, לבית-משפט המצהיר על בטלותה של חקיקה ראשית..."³⁹⁸

משנתן בית-המשפט צו השעה, הוא רשאי להאריכו. לא פעם פנו רשויות השלטון בישראל אל בית-המשפט וביקשו להאריך את תקופת ההשעה.³⁹⁹ דומה שלא מתעוררת בעיה חוקתית אם בקשת ההארכה הוגשה בתוך תקופת ההשעה. אך מה הדין אם הבקשה הוגשה לאחר שתקופת ההשעה הסתיימה? בית-המשפט החוקתי של דרום-אפריקה ראה בכך בעיה חוקתית, וסירב לבקשה.⁴⁰⁰

394 ראו ס' 172(1)(b)(ii) לחוקה של דרום-אפריקה.

395 על שיקול-הדעת השיפוטי בעיצוב הסעד החוקתי ראו לעיל בעמ' 341.

396 ראו ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA, לעיל ה"ש 145, בעמ' 73-14. ראו גם פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 416. לביקורת גישה זו ראו LECKEY, לעיל ה"ש 383, בעמ' 170.

397 ראו בג"ץ 753/87 **בורשטיין נ' שר הפנים**, פ"ד מב(4) 476, 462 (1989); פרשת **פורי**, לעיל ה"ש 392, בעמ' 328; בג"ץ 2918/93 **עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 845, 832 (1993). ראו גם ברק-ארוז **משפט מינהלי ב**, לעיל ה"ש 230, בעמ' 818, 834 ו-837.

398 פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 416 (הנשיא א' ברק).

399 בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נה(2) 255 (2000).

400 Ex parte Minister of Social Development 2006 (4) SA 309 (CC) (S. Afr.)

[ג] השיקולים לעניין השעייתה של ההכרזה על בטלות החוק

לבית-המשפט יש שיקול-דעת אם להשעות את תחילתה של הכרזת הבטלות או להימנע מכך. אכן, עם מתן פסק-הדין המכריז על בטלותה של הוראת חוק "לבית המשפט נתון שיקול דעת באשר לסעד הראוי במצב זה... שיקול דעת זה משתרע... [גם] לעניין מועד כניסת הבטלות לתוקף".⁴⁰¹ שיקול-דעת זה יש להפעיל לפי כלליה של פסקת ההגבלה. נקודת המוצא צריכה להיות שתחילתה של הצהרת הבטלות – המועד שבו היא נכנסת לתוקף – היא במועד מתן פסק-הדין. השעיית מועד התחולה צריכה להיות החרגי, ולא הכללי. הטעם לכך הוא כי "מעשה בלתי חוקי של הרשות נותר על כנו למרות אי-חוקיותו, שכן הכרזת הבטלות אינה נכנסת לתוקף מייד".⁴⁰² עם זאת, מקובל עלינו שבמקרים מיוחדים, אם קיימים טעמים ראויים לכך,⁴⁰³ אין מנוס מהשעייתה של הצהרת הבטלות.⁴⁰⁴ ההכרעה בעניין זה צריכה להיעשות על-פי הכללים של פסקת ההגבלה.⁴⁰⁵ במסגרת זו מן הראוי שבית-המשפט יעמיד לפניו את השאלות הבאות:

ראשית, האם קיים קשר רציונלי בין התכליות המונחות ביסוד ההשעיה לבין תנאיו של צו ההשעיה? האם פרק-הזמן של ההשעיה ישיג את מטרותיו? האם הזמן אינו ארוך מדי או קצר מדי? היש מקום להארכה נוספת מקום שזו כבר ניתנה בעבר? בפרשת **צמח** הסביר השופט י' זמיר כי ההשעיה דרושה –

"כדי לתת סיפק בידי המשיבים להגיש את הצעת החוק הנדרשת לכנסת, לתת סיפק בידי הכנסת לדון כנדרש בהצעת החוק, ובין לבין לתת סיפק בידי המשיבים להכין את הצבא כנדרש לקראת החקיקה הצפויה".⁴⁰⁶

אין ליתן השעיה כאשר אין סיכוי ממשי שבמסגרתה תוכל הרשות השלטונית לקבוע הסדר שיש בו כדי למלא את החלל החקיקתי שנוצר.

שנית, האם קיימים סעדים חוקתיים חלופיים שיש בהם כדי למנוע את החלל החקיקתי ואשר פגיעתם במתן סעד אפקטיבי לנפגע תהיה קטנה יותר? לעיתים קריאה לתוך החוק⁴⁰⁷ או הפרדה⁴⁰⁸ הם סעדים ראויים יותר מהכרזה על בטלות בלוויית השעיה. לעיתים עדיפה הכרזת בטלות פרוספקטיבית (בלא צורך בהשעיה) על הכרזת בטלות אקטיבית או רטרואקטיבית (בתוספת השעיה). לעיתים עדיפה הכרזה על אי-

401 פרשת **חוק האזרחות והכניסה לישראל**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 350.

402 מרזל, לעיל ה"ש 184, בעמ' 41.

403 ראו שם, בעמ' 43 ("השימוש בו צריך להיעשות בזהירות רבה ובמקרים המתאימים בלבד").

404 Bishop לעיל ה"ש 68, בעמ' 9-121 ("There is always a presumption against suspension").

405 ראו לעיל בעמ' 336.

406 פרשת **צמח**, לעיל ה"ש 47, בעמ' 284 (השופט י' זמיר). לביקורת על השימוש בשיהוי במשפט החוקתי הקנדי ראו Roach, *Principled Remedial Discretion Under the Charter*, לעיל ה"ש 220.

407 ראו לעיל בעמ' 353.

408 ראו לעיל בעמ' 350.

חוקתיותו של החוק בלא הכרזת בטלות⁴⁰⁹ על הכרזת בטלות בתוספת השעיה.⁴¹⁰ דבר זה יקרה, למשל, מקום שהזכות המופרת היא הזכות לשוויון, וההפרה מתבטאת במתן הטבה לקבוצה אחת, ולא לקבוצה אחרת. במצב דברים זה ביטול החקיקה המפלה ירפא את הפגיעה בשוויון אך לא יעניק סעד לזכאי ויפגע בצד שלישי. הסעד הראוי במצב דברים זה אינו הכרזה על בטלות החוק, אלא הכרזה רק על אי-חוקתיותו של החוק, בתוספת הוראות באשר לפעולות הנדרשות על-ידי הרשות המחוקקת או המבצעת.⁴¹¹

שלישית, האם התועלת החברתית השולית שבהשעיית הצהרת הבטלות שקולה כנגד הפגיעה החברתית השולית בזכות החוקתית?⁴¹² זהו עיקרון של איזון.⁴¹³ השיקולים המובאים בחשבון בהקשר זה הם אלה המובאים בחשבון בגרייה של פסקת ההגבלה.⁴¹⁴

[ד] זכויות הנפגע בתקופת ההשעיה

[1] הבעיה של תקופת הביניים

הצורך למלא באופן מיידי את החלל החקיקתי שהצהרת הבטלות יוצרת הוא מובן וטבעי. אך באותה מידה מובנת התפיסה כי אין זה ראוי שהדבר יבוא על-חשבונו של בעל הזכות החוקתית שנפגעה. חרף העובדה שפסק-הדין קובע כי החוק שפגע בזכותו החוקתית אינו חוקתי וכי הוא זכאי לסעד חוקתי, הסעד נמנע ממנו בשל השעיית הצהרת

409 לסעד זה ראו לעיל בעמ' 347.

410 אך ראו פרשת Schachter v. Canada, [1992] 2 S.C.R. 679, 684 (Can.), שבה נקבע כי החוק פוגע בעקרון השוויון בנותנו טובת-הנאה לקבוצה אחת, ולא לאחרת. בית-המשפט הכריז על החוק כבטל, ובכך פגע בזכותם החוקתית של בני הקבוצה שקיבלו את טובת-ההנאה. כדי למנוע זאת ניתן צו ההשעיה. הקבוצה שנפגעה לא זכתה בכל סעד.

411 ראו בג"ץ 4124/00 יקותיאל ג' השר לענייני דתות, פ"ד סד(1) 142, פס' 53 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (2010): "אין אנו רואים לנכון להורות על בטלות מיידי של הסעיף התקציבי. בחוק התקציב הבא, אין הסעיף התקציבי במתכונתו הנוכחית יכול להיכלל. היה ויבחר המחוקק לתמוך באברכי כוללים, יהא עליו לעשות כן בשים לב למכלול ההסדרים החוקיים הקיימים כיום ובהתחשב בהנמקות המובאות בפסק הדין." ראו גם פרשת רסלר, לעיל ה"ש 199, פס' 64 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש (2012): "אין אנו רואים מקום להורות על בטלות החוק. התוצאה היא שהחוק יעמוד בתוקף עד לסיום תוקפו ביום 1.8.2012, אך הכנסת לא תוכל לשוב ולהאריכו במתכונתו הנוכחית הארוכה נוספת. על הכנסת יהא לגבש הסדר חדש שיכול שיתבסס על התשתית שהוקמה כחלק מחוק דחיית השירות, אך יתחשב בקביעותינו בפסק דין זה."

412 לשיקולים אלה בגדרי המידתיות ראו לעיל בעמ' 334.

413 על עקרון האיזון ראו לעיל בעמ' 338. על מקומו של האיזון בגדרי שיקול-הדעת במתן צו ההשעיה ראו בג"ץ 7767/07 אסרף ג' שר הפנים, פס' 17 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 27.3.2008) ("הוראה כאמור ניתנת, במקרים הראויים, משום שהאיזון בין השיקולים השונים הכרוכים במקרה, מוביל למסקנה כי ראוי שהמצב הקיים יימשך עוד פרק זמן מסוים"). ראו גם פרשת Schachter, לעיל ה"ש 410; Roach, Remedial Consensus and Dialogue Under the Charter ; לעיל ה"ש 154.

414 ראו לעיל בעמ' 334.

הבטלות. מה צידוק יש לכך שתוצאותיו של פסק-הדין יימנעו ממנו בתקופת-הביניים?⁴¹⁵ טיעון זה היה מאבד ממשקלו אילו הובטח כי הפתרון החקיקתי אשר ימלא את החלל החקיקתי יוחל למפרע על מי שזכותו החוקתית נפגעה. אולם לרוב לא זה מצב הדברים.⁴¹⁶ יתר על כן, לעיתים גם חקיקה רטרואקטיבית בעניינו של בעל הזכות שנפגעה אינה מועילה, שכן הנזק שנגרם לו בתקופת-הביניים אינו ניתן לתיקון למפרע. טלו את פרשת Carter.⁴¹⁷ קרטור חלה במחלה סופנית, וביקש שיסייעו לו להתאבד, אולם החוק הפלילי אסר זאת. בית-המשפט העליון של קנדה קבע כי האיסור אינו חוקתי, והכריז על בטלותו. אולם כדי למנוע שימוש לרעה בסיוע להתאבדות, השעה בית-המשפט את כניסתה לתוקף של הצהרת הבטלות למשך שנה. במצב דברים זה, גם אם החקיקה החדשה תאפשר סיוע להתאבדות, מבחינתו של קרטור הסעד עלול להגיע מאוחר מדי. זוהי ביקורת קשה על הסעד החוקתי של השעה.⁴¹⁸ התשובה לביקורת אינה שלילת הסעד החוקתי של השעה, אלא שכלולו על-ידי הכרה בזכותו של העותר. כך, למשל, מה שנדרש במקרה של קרטור הוא לאפשר לו, בתקופת ההשעה, לבקש סיוע להתאבדותו. שכלול זה של סעד ההשעה צריך להיקבע בגדריה של פסקת ההגבלה. עליו להיות אפוא מידתי.

[2] פתרון מיוחד לתקופת-הביניים

הצורך "להשעות את ההשעה" לעניין תקופת-הביניים שבין מועד מתן פסק-הדין לבין מועד סיום ההשעה התעורר בכמה שיטות משפט. הן בקנדה⁴¹⁹ והן בדרום-אפריקה⁴²⁰ קבעו בתי-המשפט כי במקרים מתאימים לא יחול צו ההשעה על העותר. בית-המשפט הדרום-אפריקאי מכנה זאת "צו-ביניים" (interim order), ואילו בית-המשפט הקנדי רואה בכך פטור חוקתי (constitutional exemption).⁴²¹ על תרופה זו כותב י' מרזל:

415 Bruce Ryder, *Suspending the Charter*, 21 ; 193 ו-172 בעמ' 383, לעיל ה"ש 415, Roach, *Constitutional Remedies in Canada* (2003) Sup. Ct. L. Rev. 267. ראו גם "One of the strongest arguments against the use of suspended) 14-86' בעמ' 145, לעיל ה"ש 415, declarations on invalidity is that it denies successful applicants an immediate remedy and allows the harm of the unconstitutional law to continue during the period of the (suspension".

416 בפרשת Canada v. Hislop, [2007] 1 S.C.R. 429, para. 92 (Can.) הושעה תוקפה של הכרזת הבטלות כדי לאפשר למחוקק לקבוע "a prospective remedy". מדוע לא תרופה רטרואקטיבית? ראו גם Choudhry & Roach, לעיל ה"ש 378.

417 Carter v. Canada, [2015] 1 S.C.R. 331 (Can.). פסק-הדין סטה מההלכה הקודמת שלפיה העברה של סיוע להתאבדות הינה חוקתית. ראו: Rodriguez v. British Columbia, [1993] 3 S.C.R. 519 (Can.).

418 Ryder, לעיל ה"ש 415.

419 Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, לעיל ה"ש 145, בעמ' 14-42 ו-14-86.

420 Bishop, לעיל ה"ש 68; פרשת Dawood, לעיל ה"ש 164.

421 Rodriguez, לעיל ה"ש 417.

"בית המשפט קובע כי חוק מסוים איננו חוקתי ויש לבטלו, אך משעה את הכרזת הבטלות. בה בעת, כדי לצמצם את הפגיעה בעותרים עצמם שזכאים לכאורה לסעד, או בקבוצות אחרות העלולות להיפגע מאוד מעצם ההשעיה, נותן בית המשפט לפרטים או לקבוצות אלו פטור חוקתי מתחולת החוק עליהם במשך תקופת ההשעיה. פטור מעין זה יכול אפוא לצמצם את בעיית תת-האכיפה של הדין החוקתי, הנוצרת בשל השעיית הכרזת הבטלות."⁴²²

לדעתנו, גישה זו ראויה. היא מתבקשת מניתוח ההשעיה במסגרת דיני המידתיות. אכן, השעיית בטלות של דבר חקיקה מונעת "חלל משפטי" (העיקרון המגביל של ממשל תקין) ומאפשרת למחוקק לשקול דרכים לפתרון אי-החוקתיות שיצר החוק (העיקרון המגביל של התחשבות במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות). אולם ההשעיה אינה פותרת את בעייתו של בעל הזכות החוקתית אם זכותו החוקתית ממשיכה להיפגע על-ידי דבר החקיקה הבלתי-חוקתי (התכלית של אפקטיביות הסעד החוקתי). אותו בעל זכות פנה לבית-המשפט וזכה בדינו, ואף-על-פי-כן מכוחה של ההשעיה הוא אינו מקבל כל תרופה. גם התכליות של אישור החוקה והרתעה מפני פגיעה בזכויות חוקתיות אינן מוגשמות. כדי לממש תכליות אלה, ולו באופן חלקי, ראוי לתת לנפגע סעד בתקופת-הביניים בשעה שהחוק הבלתי-חוקתי ממשיך לעמוד בתוקפו בשל ההשעיה. בתי-המשפט בישראל ערים לקושי שההשעיה גורמת לעותר שזכה בעתירתו. בפרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל** קבע בית-המשפט כי בתקופת-הביניים של ההשעיה יחול הסדר-הביניים שאליו הגיעו הצדדים.⁴²³ בפרשת **חסן**⁴²⁴ נקבע כי הוראות חוק הבטחת הכנסה, התשמ"א-1980, פוגעות בזכות לכבוד האדם ואינן מקיימות את תנאיה של פסקת ההגבלה. בית-המשפט הוסיף וקבע כי הכרזת הבטלות תושעה ותיכנס לתוקף שישה חודשים לאחר יום מתן פסק-הדין. לעניין תקופת-הביניים כתבה הנשיאה ד' ביניש:

"בתקופת הביניים עד לכניסתו של הסדר סטטוטורי חדש לתוקף, טוב יהיה אם יעלה בידי המל"ל לקבוע הסדרי ביניים המביאים בחשבון את הקביעות בפסק דין זה, ובכלל זה כי תוחל פרשנות מצומצמת למונח 'שימוש' הקבוע בחוק."⁴²⁵

ההסדר בתקופת-הביניים עלה גם לפני בית-הדין הארצי לעבודה בפרשת **גבירץ**.⁴²⁶ השופטת ר' רוזנפלד הכירה בצורך לקבוע הסדר-ביניים על-פי דיני הפטור החוקתי. בפסק-דינה היא כתבה:

422 מרזל, לעיל ה"ש 184, בעמ' 99.

423 פרשת **לשכת מנהלי ההשקעות בישראל**, לעיל ה"ש 235, בעמ' 416.

424 פרשת **חסן**, לעיל ה"ש 1.

425 שם, פס' 71 לפסק-דינה של הנשיאה ד' ביניש.

426 עב"ל (ארצי) 28956-08-11 **גבירץ** – **המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 9.11.2015).

"המענה לסוגיה כפי שהועמדה לדיון בערעורים שלפנינו נמצא בסופו של יום לשיטתי, במישור החוקתי, ומתוך פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ חסן. מתוך גישתו של בית המשפט העליון, לפיה יש למצוא הסדר ביניים לתקופה שבין הקביעה בדבר אי חוקתיותו של סעיף 9א(ב) לחוק לבין מועד כניסתה לתוקף של הכרזת הבטלות, מתבקשת המסקנה כי יש להחיל הסדר ביניים גם על הליכים תלויים ועומדים, בהם הועמדו לביקורת שיפוטית החלטות המוסד לביטוח לאומי שניתנו על יסוד הדין הישן. לגבי תקופת הביניים המליץ בית המשפט העליון על קביעת הסדר ביניים מיוחד, מעין 'פטור חוקתי', וזאת מתוך נקודת המוצא כי לא סביר הדבר ליתן החלטה על פי הוראותיו של החוק שהתברר כבלתי חוקתי. בית המשפט העליון לא קבע קביעות ספציפיות לגבי מהותו של הסדר הביניים. בסופו של יום המחוקק הוא שנתן דעתו לעניין, והוא שקבע כי ההסדר לתקופת הביניים יהיה זה שנקבע כהסדר של קבע על פי הוראת החוק המתקן. אלא שהמחוקק נמנע מלתת דעתו לסוגיית ההליכים התלויים ועומדים. בנסיבות אלה, נותרה מלאכתנו לקבוע כיצד ידונו ההליכים התלויים ועומדים, וזאת בהתאם להנחיות בית המשפט העליון למוסד לביטוח לאומי כפי שניתנו בפסק דינו בבג"ץ חסן.⁴²⁷

[3] תחולתו של צו ההשעיה על מי שמצוי במצבו של הנפגע

בית המשפט הורה כי צו ההשעיה לא יחול על העותר. אולם מה דינם של עותרים דומים אחרים שעניינם מצוי בשלבים שונים לפני בית המשפט?⁴²⁸ לדעתנו, משניתן צו להשעיית ההשעיה לטובתו של העותר, מן הראוי להרחיבו באופן שיחול גם לטובתם של עותרים דומים נוספים שעניינם מצוי במערכת בתי המשפט. אין מקום להפלות בין העותר לבין האחרים; אין זה רצוי שהמקורות שהובילה לכך שעניינו של העותר היה הראשון שהוכרע בבית המשפט תביא לידי כך שהאחרים – המצויים במצב דומה בתוך מערכת בתי המשפט – לא ייהנו מהשעיית ההשעיה.⁴²⁹

(ו) תחולתה של הכרזת הבטלות מבחינת ההיקף הענייני

(1) הצגת הבעיה

נקודת המוצא היא שחוק פגע בזכות חוקתית. פירוש החוק – לרבות פירוש בהתאם לחוקה⁴³⁰ – אינו מסיר את הפגיעה או את אי-חוקתיותה. הפגיעה היא לתכלית ראויה, אך היבטים מסוימים שבה אינם מקיימים את תנאיה של פסקת ההגבלה. מהו המצב

427 שם, פס' 28 לפסק-דינה של השופטת ר' רוזנפלד.

428 שאלה זו ידועה כשאלת ה-"horizontal inequality" בבעיית הסעד החוקתי. לשאלה זו ראו LECKEY, לעיל ה"ש 383, בעמ' 173.

429 ראו פרשת Dawood, לעיל ה"ש 164, פס' 63–64 לפסק-דינה של השופטת אוריגן. כן ראו פרשת חוק האזרחות והכניסה לישראל, לעיל ה"ש 1, בעמ' 350.

430 לפירוש בהתאם לחוקה ראו לעיל בה"ש 54 ובטקסט שלידה.

החוקתי במצב דברים זה? טלו כדוגמה הוראת חוק בנוגע לסדר הדין הפלילי הקובעת כי באישומים בעבירות מין לא ירשה בית-המשפט חקירות בדבר עברו המיני של נפגע העברה ביחסיו עם אחרים (למעט עם הנאשם עצמו).⁴³¹ הוראה זו – כך אנו מניחים – פוגעת בכבוד האדם ובחירות של הנאשם. נניח עוד כי פגיעה זו מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה כל עוד אין היא גורמת לנאשם עיוות דין, אולם היא אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה אם היא גורמת לנאשם עיוות דין, ולשון החוק אינה מצביעה על הבחנה בין מקרים שבהם נגרם לנאשם עיוות דין לבין מקרים שבהם לא נגרם לנאשם עיוות דין. מהו הסעד החוקתי המידתי במצב דברים זה?

(2) הגישה הראויה

נראה לנו כי הדרך הראויה לפתרון הבעיה של ההיקף הענייני של הבטלות היא לפתח את תורת ההפרדה המושגית (notional severance).⁴³² על-פי תורה זו, ההפרדה בין חלקי החוק אינה מוגבלת רק להפרדה "פיזית" או "כמותית" בין חלקים "בריאים" לחלקים "חולים" בחוק. ההפרדה המושגית מבחינה גם בין החלקים החוקתיים לבין החלקים שאינם חוקתיים מבחינה תכליתית. כאשר נערכת הפרדה זו, החלק האחד של החוק נשאר חוקתי, ויש לנהוג על-פיו בכל המקרים הנופלים לגדרו, ואילו החלק האחר של החוק אינו חוקתי, והוא מתבטל לגבי כל המקרים שנופלים לגדרו.

הנה דוגמה מפסק-דין דרום-אפריקאי. בפרשת *Ferreira*⁴³³ נידונה חוקתיותה של הוראה בחוק החברות הדרום-אפריקאי⁴³⁴ שלפיה מנהל או עובד בחברה הנתונה בהליכי פירוק חייב להשיב על השאלות שהוא נשאל לגבי רכוש החברה שברשותו, וזאת גם אם התשובות עלולות להפיל. תשובות אלה עשויות לשמש ראיה נגדו. בית-המשפט החוקתי קבע כי הוראה זו פוגעת בזכות החוקתית לחירות הקבוצה בחוקה של דרום-אפריקה,⁴³⁵ ואינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.⁴³⁶ אי-החוקתיות נובעת מכך שעל-פי ההוראה בחוק החברות ניתן להשתמש בתשובות שהמנהל או העובד נותנים בהליכים פליליים נגדם. בית-המשפט בחן את שאלת הסעד החוקתי. השופט אקרמן (Ackermann) ציין כי אין מקום להכריז על ההוראה בחוק החברות כבטלה לכל דבר ועניין, שכן אי-חוקתיותה מוגבלת לעניין הליכים פליליים. לעיתים, לדברי השופט אקרמן, ההבחנה בין החלק החוקתי לבין החלק הבלתי-חוקתי היא פשוטה:

431 ראו ס' 2א לחוק לתיקון סדרי הדין (חקירת עדים), התשי"ח-1957, הקובע כי "בית המשפט לא ירשה חקירה בדבר עברו המיני של הנפגע בעבירה... אלא אם כן ראה, מטעמים שיירשמו, כי איסור החקירה עלול לגרום לנאשם עיוות דין". בדוגמה שלנו אנו מניחים כי ההוראה אינה כוללת בלשונה את הסייג הקבוע בדין הישראלי.

432 ראו לעיל ה"ש 293.

433 ראו: *Ferreira v. Levin* 1996 (1) SA 984 (CC) (S. Afr.).

434 *The Companies Act* 61 of 1973, § 417(2) (S. Afr.).

435 ס' 11 לחוקה של דרום-אפריקה.

436 ס' 33(1) לחוקה הזמנית של דרום-אפריקה, שהוא ס' 36 לחוקה הקבועה מ-1996.

"In certain cases such a narrow striking down is technically and linguistically simple where the constitutional inconsistency is encapsulated in (and limited to) a discrete subsection or paragraph containing nothing but the inconsistent provision."⁴³⁷

אולם לא כן במקרה שלפנינו. על רקע זה ניתן הסעד החוקתי הבא:

"The provisions of section 417(2)(b) of the Companies Act 1973 are, with immediate effect declared invalid, *to the extent only* that the words 'and any answer given to any such question may thereafter be used in evidence against him' in section 417(2)(b) apply to the use of any such answer against the person who gave such answer, in criminal proceedings against such person, other than proceedings where that person stands trial on a charge relating to the administering or taking of an oath or the administering or making of an affirmation or the giving of false evidence or the making of a false statement in connection with such questions and answers or a failure to answer lawful questions fully and satisfactorily."⁴³⁸

פרק ח: סעד של פיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית

1. מקומה של עילת התביעה לפיצויים במשפט הישראלי הקיים

רשות שלטונית פגעה בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. במצב דברים זה עומדת לנפגע זכות לסעד חוקתי. האם במסגרת הסעדים החוקתיים המוכרים בישראל מוכר גם סעד כספי? נכנה זאת "סעד חוקתי של פיצויים". מקובל על הכל כי סעד חוקתי של ציווי מוכר במשפט הישראלי. האם מוכר גם סעד חוקתי של פיצויים? האם מוכרת זכותו של עותר, אשר עתירתו התקבלה על-ידי בית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק, לקבל פיצויים מהרשות השלטונית שפגעה בזכותו החוקתית? שאלה זו אינה חדשה עימנו. בשנות השבעים של המאה הקודמת נפסק בפרשת **בינוי ופיתוח בנגב**⁴³⁹ כי בית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לפסוק פיצויים למי שנפגע מפעולותיה של רשות ציבורית. השאלה שהתעוררה בפרשת **מיגדה** הייתה "שאלה של

437 פרשת *Ferreira*, לעיל ה"ש 433, פס' 131 לפסק-דינו של השופט אקרמן.

438 שם, פס' 157 לפסק-דינו של השופט אקרמן (ההדגשה במקור).

439 ראו פרשת **בינוי ופיתוח בנגב**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 455.

עילה, דהיינו – מהו הדין הסובסטנטיבי, המצמיח זכות לפיצויים⁴⁴⁰. עילת תביעה⁴⁴¹ הוכרה במסגרת דיני המכרזים הציבוריים⁴⁴², אולם מעבר לכך הושארה שאלת עילת התביעה פתוחה⁴⁴³. בפרשת **אבנעל**⁴⁴⁴ נבחנה עילת תביעה לפיצויים בגין פגיעה בזכות המערערת לשוויון. באותה פרשה הוגשה התביעה במסגרת המשפט הפרטי (עוולת הרשלנות בנזיקין). לעניין עילת התביעה לפיצויים בגדרי המשפט הציבורי צוין כי "עילה זו טרם זכתה להתייחסות מקיפה בבית-משפט זה... נראה כי בבוא העת יהיה מקום לבחון את מקומה של עילה זו במשפט הישראלי"⁴⁴⁵. בפרשת **המועצה האזורית חוף עזה** ציין בית-המשפט כי "המסגרת המשפטית הכללית טרם הגיעה לגיבוש מלא"⁴⁴⁶. בפרשת **דורון** הועלתה האפשרות של תשלום פיצויים, תוך ציון כי אין בכך משום נקיטת עמדה בשאלה "אם התביעה שתוגש תהיה לפיצוי נזיקי או לפיצוי בגין עוולה מינהלית"⁴⁴⁷. בפרשת **ישועה** צוין כי "השאלה אם ניתן להכיר בפגיעה בזכות חוקתית כפגיעה המקימה כשלעצמה עילה לפיצויים טרם הוכרעה במשפטנו"⁴⁴⁸. הספרות המשפטית בישראל עסקה בשאלה זו⁴⁴⁹, אך הכרעה שיפוטית טרם נפלה. לדעתנו, מן הראוי להכיר בעילת תביעה לפיצויים בגדרי המשפט הציבורי בגין פגיעה בזכות חוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.

2. עילת התביעה לפיצויים במשפט המשווה

(א) הכרה בזכות לפיצוי

ספרות מקיפה עוסקת בזכות לפיצויים בגדרי המשפט הציבורי בגין פגיעה לא כדין של רשות שלטונית בזכות חוקתית⁴⁵⁰. המגמה המאפיינת ספרות זו – המתבססת על פסיקה

440 ראו פרשת **מיגדה**, לעיל ה"ש 108, בעמ' 96 (השופט א' ברק).

441 למושגיות של "עילת תביעה" בהקשר שלפנינו ראו לעיל בעמ' 339.

442 ראו פרשת **מליבו**, לעיל ה"ש 69, בעמ' 687; ע"מ 7357/03 **רשות הנמלים נ' צומת מהנדסים תכנון תאום וניהול פרויקטים בע"מ**, פ"ד נט(2) 145 (2004); בג"ץ 991/91 **דוד פסטרנק בע"מ נ' שר הבינוי והשיכון**, פ"ד מה(5) 50 (1991) (להלן: **פרשת פסטרנק**); עומר דקל **מכרזים** כרך שני 215 (2006).

443 ראו ע"א 1081/00 **אבנעל חברה להפצה בע"מ נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(5) 193, 207 (2005).

444 שם.

445 שם, בעמ' 207 (הנשיא א' ברק).

446 פרשת **המועצה האזורית חוף עזה**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 590.

447 בג"ץ 8371/09 **דורון נ' שר הפנים**, פס' 25 לפסק-דינו של השופט ע' פוגלמן (פורסם בנבו, 7.7.2010).

448 פרשת **ישועה**, לעיל ה"ש 92, פס' 20 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

449 ראו יואב דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם" **משפט וממשל** ב 97 (1994); גרוס, לעיל ה"ש 62.

450 ראו דפנה ברק-ארז **עוולות חוקתיות** 63 (1993); רונן פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות** COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 29; ראו COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99; TORTTELL, לעיל ה"ש 109; DINAH SHELTON,

של בתי-משפט חוקתיים ועליונים – היא הכרה בזכות לפיצויים. בספר מקיף על סוגיה זו כותב קופר-סטפנסון (Cooper-Stephenson):

"The award of damages against governments and government agencies for the breach of constitutionally protected human rights is now a growing phenomenon worldwide."⁴⁵¹

לעיתים ההכרה בזכות לפיצויים מתבססת על הוראה מפורשת בחוקה הקובעת זכות לפיצויים;⁴⁵² לעיתים היא נסמכת על הוראה כללית המעניקה לבית-המשפט סמכות ליתן תרופה ראויה בגין פגיעה לא כדין בזכות חוקתית – הוראה אשר פורשה כמעניקה עילה לפסיקת פיצויים;⁴⁵³ ולעיתים אין כל הוראה בעניין הסעדים בחוקה עצמה, וחרף זאת מוכרת הזכות לקבלת פיצויים בגין פגיעה לא כדין בזכות חוקתית.⁴⁵⁴

(ב) התפתחות ההכרה בזכות לפיצוי בחוקות השונות

(1) ארצות-הברית

הוראה מפורשת בחקיקה הפדרלית קבעה זכות לסעדים בגין פגיעה של רשות שלטונית מדינתית בזכות חוקתית.⁴⁵⁵ החקיקה הפדרלית לא כללה כל זכות לתרופה בגין פגיעה

REMEDIES IN INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW (2nd ed. 2005); CONSTITUTIONAL HUMAN RIGHTS IN THE COMMONWEALTH (Michael Anderson & Matthew Happold eds., 2003); GOVERNMENTAL LIABILITY: A COMPARATIVE STUDY (John Bell & Anthony W. Bradley eds., 1991); CHUKS OKPALUBA & PATRICK C. OSODE, GOVERNMENT LIABILITY: SOUTH AFRICA AND THE COMMONWEALTH (2010); DAMAGES FOR VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS: A COMPARATIVE STUDY OF DOMESTIC LEGAL SYSTEMS (Ewa Bagińska ed., 2016); JASON N.E. VARUHAS, DAMAGES AND HUMAN RIGHTS (2016).

451 COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 1. "In many common law jurisdictions damages are (now a recognised remedy for violations of human rights protected by rights-charters)"

גם VARUHAS, לעיל ה"ש 450, בעמ' 1. "many" DAMAGES FOR VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS, לעיל ה"ש 450, בעמ' 445. "many" countries have introduced a right to claim damages for wrongs committed by public authorities".

452 COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 7.

453 שם, בעמ' 87.

454 זה הדין בארצות-הברית – ראו פרשת *Bivens*, לעיל ה"ש 86; SHELDON H. NAHMOD, MICHAEL, L. WELLS & THOMAS A. EATON, CONSTITUTIONAL TORTS (3rd ed. 2009). זה הדין גם בניר-זילנד – ראו פרשת *Baigent*, לעיל ה"ש 97.

455 42 U.S.C. § 1983: "Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction

של רשות שלטונית פדרלית בזכות חוקתית. זכות כזו הוכרה על-ידי בית-המשפט העליון בפרשת *Bivens*.⁴⁵⁶ בפרשה זו ערכו סוכנים פדרליים חיפוש בדירתו של התובע ועצרו אותו, וזאת בלא הסמכה כנדרש לפגיעה בזכויותיו החוקתיות. נפסק כי התובע זכאי לפיצויים חוקתיים נגד הסוכנים שפגעו בזכויותיו. פיצויים אלה נועדו, בין היתר, לאשש את החוקה, ואין הם כפופים לכללי המשפט הפרטי בענייני נזיקין. אולם למן פרשת *Bivens* חלו במשפט האמריקאי התפתחויות ושינויים⁴⁵⁷ שהובילו לצמצום בהיקף תחולתה של חובה זו, תוך יצירת מגבלות וקשיים בהפעלתה.⁴⁵⁸

(2) החוקות הקריביות

מדינות קריביות אחדות כוננו חוקות.⁴⁵⁹ את ערכאת השיפוט העליונה שלהן היוותה מועצת המלך (ה-Privy Council) באנגליה. פסק-הדין המרכזי בסוגיית הפיצויים במשפט הציבורי בגין פגיעה בזכות חוקתית המעוגנת באחת מחוקות אלה הוא פסק-הדין בפרשת *Maharaj*,⁴⁶⁰ שנפסק על-ידי הלורד דיפלוק (Diplock). בפרשה זו ניתן צו למעצרו של העותר – עורך-דין שהופיע לפני בית-המשפט – בגין בזיון בית-המשפט. העותר ערער על צו המעצר, וערעורו התקבל על-ידי מועצת המלך.⁴⁶¹ נקבע כי במתן צו המעצר פגע השופט בכללי הצדק הטבעי, שכן לא נמסרו לו פרטי הטענות נגדו ולא ניתנה לו אפשרות להשיב עליהן. עם קבלת הערעור הגיש העותר תביעה כספית לבית-המשפט לפסיקת פיצויים על הנזק שנגרם לו בגין המעצר בן שבעת הימים שבו היה נתון. תביעת

thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress..."

456 פרשת *Bivens*, לעיל ה"ש 86. יש הרואים בפרשה זו משפט מקובל חוקתי – ראו: Henry P. Monaghan, *The Supreme Court, 1974 Term – Foreword: Constitutional Common Law*, 89 HARV. L. REV. 1 (1975); Thomas S. Schrock & Robert C. Welsh, *Reconsidering the Constitutional Common Law*, 91 HARV. L. REV. 1117 (1978).

457 ראו ברק-ארו **עוולות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450, בעמ' 119; Tortell, לעיל ה"ש 109, בעמ' 29. 458 ראו Fallon & Meltzer, לעיל ה"ש 121; RICHARD H. FALLON, JR., JOHN F. MANNING, DANIEL J. MELTZER & DAVID L. SHAPIRO, *HART AND WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM* 769 (7th ed. 2015); Perry M. Rosen, *The Bivens Constitutional Tort: An Unfulfilled Promise*, 67 N.C. L. REV. 337 (1989); Susan Bandes, *Reinventing Bivens: The Self-Executing Constitution*, 68 S. CAL. L. REV. 289 (1995); Alexander A. Reinert, *Measuring the Success of Bivens Litigation and Its Consequences for the Individual Liability Model*, 62 STAN. L. REV. 809 (2010); James E. Pfander & David Baltmanis, *Rethinking Bivens: Legitimacy and Constitutional Adjudication*, 98 GEO. L.J. 117 (2009); John C. Jeffries, Jr., *The Liability Rule for Constitutional Torts*, 99 VA. L. REV. 207 (2013).

459 למשל, טרינידד וטובגו, אי בהאמה וג'מייקה.

460 *Maharaj v. Attorney General of Trinidad and Tobago* (No. 2), [1978] 2 All E.R. 670.

461 *Maharaj v. Attorney General of Trinidad and Tobago*, [1977] 1 All E.R. 411.

הפיצויים נדחתה על-ידי הערכאות בטרינידד וטובגו, אולם הערעור למועצת המלך התקבל. נקבע כי צו המעצר פגע בזכותו החוקתית של העותר.⁴⁶² באשר לסעד נקבע כי על-פי הוראת החוקה, הנפגע רשאי לפנות לבית-המשפט לקבל תרופה (redress).⁴⁶³ התרופה המעשית היחידה הבאה בחשבון במקרה זה היא פיצויים. החובה לשלם אינה מוטלת על השופט באופן אישי, אלא על המדינה. אחריותה של המדינה אינה שילוחית, אלא אישית. זו אינה אחריות בנזיקין (tort), אלא במשפט הציבורי. כותב השופט דיפלוק:

"The claim for redress under section 6(1) for what has been done by a judge is a claim against the state for what has been done in the exercise of the judicial power of the state. This is not vicarious liability: it is a liability of the state itself. It is not a liability in tort at all: it is a liability in the public law of the state, not of the judge himself, which has been newly created by section 6(1) and (2) of the Constitution."⁴⁶⁴

פסק-הדין בפרשת *Maharaj* השפיע על פסיקות נוספות של מועצת המלך בערעורים מהמדינות הקריביות,⁴⁶⁵ והייתה לו השפעה רבה בכל חלקי ה-Commonwealth.⁴⁶⁶

(3) דרום-אפריקה

החוקה של דרום-אפריקה קובעת הוראה כללית שלפיה מי שזכותו החוקתית נפגעה רשאי לפנות לבית-משפט מוסמך, וזה "may grant appropriate relief".⁴⁶⁷ בפרשת *Fose*⁴⁶⁸ נידונה תביעת פיצויים שהגיש העותר נגד המדינה בגין עינויים שנעשו בו לטענתו על-ידי רשויות השלטון. הייתה זו תביעה ל-"constitutional damages", שהוגשה נוסף על תביעת נזיקין על-פי ה-"common law of delict". השופט אקרמן (Ackermann)

462 ס' 4(א) לחוקה של טרינידד וטובגו מעגן את "the right of the individual to life, liberty, security of the person and enjoyment of property, and the right not to be deprived thereof except by due process of law".

463 ס' 6(1) לחוקה של טרינידד וטובגו קובע כי הטוען לפגיעה בזכותו רשאי לפנות לבית-המשפט "for redress".

464 פרשת *Maharaj*, לעיל ה"ש 460, בעמ' 679.

465 ראו: 38 UKPC [2005] The Attorney General v. Cartwright, Merson v. Cartwright (עתירה מאיי בהאמה); Attorney General of Trinidad and Tobago v. Ramanoop [2006] 1 AC 328, 336; Inniss v. The Attorney General of Saint Christopher & Nevis [2008] UKPC 42.

466 ראו: Chuku Okpaluba, *Vindictory Approach to the Award of Constitutional and Public Law Damages: Contemporary Commonwealth Developments*, 45 COMP. & INT'L L.J. S.A. 127 (2012).

467 ס' 38 לחוקה של דרום-אפריקה. ראו לעיל בעמ' 318. ראו גם Bishop, לעיל ה"ש 68, בעמ' 15-9; OKPALUBA & OSODE, לעיל ה"ש 450, בעמ' 67.

468 פרשת *Fose*, לעיל ה"ש 123.

קבע – תוך ניתוח מקיף של המשפט המשווה – כי יש מקום להכיר ב־constitutional damages במסגרת סמכותו של בית־המשפט להעניק סעד מתאים:

"It seems to me that there is no reason in principle why 'appropriate relief' should not include an award of damages, where such an award is necessary to protect and enforce Chapter 3 rights... When it would be appropriate to do so, and what the measure of damages should be, will depend on the circumstances of each case and the particular right which has been infringed."⁴⁶⁹

השופט אקרמן המשיך וקבע כי במסגרת הפיצוי החוקתי אין להטיל פיצויים עונשיים.⁴⁷⁰

(4) הודו

החוקה של הודו כוללת בחובה הוראה המבטיחה את הזכות לפנות לבית־המשפט העליון בהליכים ראויים לשם מימוש הזכויות הקבועות בחלק השלישי של החוקה.⁴⁷¹ בית־המשפט העליון של הודו ראה בהוראה זו מקור לזכות חוקתית לקבלת תרופה ראויה בגדרי המשפט הציבורי ולחובתם של בתי־המשפט לתיתה.⁴⁷² בשורה של פסק־דין נקבע כי בגדרה של הוראה זו בית־המשפט העליון יכול לפסוק פיצויים לאדם שזכותו החוקתית נפגעה. זכות זו מעוגנת במשפט הציבורי, ולא במשפט הפרטי.⁴⁷³ באחת הפרשות כותב בית־המשפט העליון:

"[A] claim in public law for compensation' for contravention of human rights and fundamental freedoms, the protection of which is guaranteed in the Constitution, is an acknowledged remedy for enforcement and protection of such rights, and such a claim based on strict liability made by resorting to a constitutional remedy provided for the enforcement of a fundamental right is

469 שם, פס' 60 לפסק־דינו של השופט אקרמן.

470 לפיצויים עונשיים ראו להלן בעמ' 389.

471 ס' 32 (1) לחוקה של הודו. ראו לעיל בעמ' 319.

472 ראו: Nilabati Behera (alias Lalita Behera) v. State of Orissa, AIR 1993 SC 1960 (India).
ראו גם: Gopal Subramaniam, *Writs and Remedies*, in THE OXFORD HANDBOOK OF THE INDIAN CONSTITUTION 614 (Sujit Choudhry, Madhav Khosla & Pratap Bhanu Mehta eds., 2016).

473 ראו: M.C. Mehta v. Union of India, AIR 1987 SC 1086 (India); Rudul Sah v. State of Bihar, AIR 1983 SC 1086 (India); Bhim Singh v. State of Jammu and Kashmir, AIR 1986 SC 494 (India). ראו גם TORTELL, לעיל ה"ש 109, בעמ' 39; COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 15; OKPALUBA & OSODE, לעיל ה"ש 450, בעמ' 56.

'distinct from, and in addition to, the remedy in private law for damages for the tort' resulting from the contravention of the fundamental right."⁴⁷⁴

(5) ניו־זילנד

ה-New Zealand Bill of Rights Act 1990 הוא חוק "רגיל". הוא הועתק מהצ'רטר הקנדי, אך אין לו מעמד חוקתי על-חוקי. אין בו ביקורת שיפוטית על חוקתיותם של חוקים. כמו־כן אין בו הוראה – כמו זו המצויה בצ'רטר הקנדי – המסמיכה את בית־המשפט ליתן סעד ראוי. על רקע זה התעוררה השאלה אם מי שזכותו על-פי החוק הניו־זילנדי נפגעה על-ידי פעולה שלטונית זכאי לפיצויים מכוח עילה המעוגנת במשפט הציבורי. התשובה של בית־המשפט העליון של ניו־זילנד הייתה בחיוב.⁴⁷⁵

פסק־הדין המרכזי בהקשר זה ניתן בפרשת *Baigent*.⁴⁷⁶ בפרשה זו ביקשה המשטרה צו חיפוש לדירתו של חשוד בסחר בסמים. כתובתו של החשוד הייתה שגויה, ובעקבות זאת נעשה חיפוש בכתובת השגויה. בני הבית ושכנים העמידו את המשטרה על טעותה, אך חרף זאת נמשך החיפוש. בעלת הבית (גב' *Baigent*) הגישה תביעה לפיצויים נגד המדינה. כל טענותיה באשר לאחריות על-פי דיני הנזיקין אשר במשפט המקובל נדחו. לעומת זאת התקבלה טענתה כי עומדת לה עילת תביעה לפי החוק הניו־זילנדי לזכויות אדם (*New Zealand Bill of Rights*). בית־המשפט הסתמך על פרשת *Maharaj*, על פסיקה אירית, קנדית והודית, וכן על פרשת *Bivens* בארצות־הברית. באשר להעדרה של הוראה המסמיכה את בית־המשפט ליתן סעד ראוי ציין בית־המשפט כי סמכות כזו משתמעת מהוראת החוק.⁴⁷⁷ בית־המשפט הבחין בין "common law damages" לבין "public law compensation".⁴⁷⁸ כותב השופט קייסי (*Casey*):

"[T]he purpose and intention of the Bill of Rights Act is that there be an adequate public law remedy for infringement obtainable through the Courts... What is adequate will be for the Courts to determine in the circumstances of

474 פרשת *Nilabati Behera*, לעיל ה"ש 472, פס' 17.

475 *Tortell*, לעיל ה"ש 109, בעמ' 57; *COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 17; *OKPALUBA & OSODE*, לעיל ה"ש 450, בעמ' 57; *GRANT HUSCROFT & PAUL RISHWORTH, RIGHTS AND FREEDOMS* (1995).

476 פרשת *Baigent*, לעיל ה"ש 97. ראו גם: *Attorney-General v. Chapman* [2011] NZSC 110 (N.Z.); *Crown Liability and Judicial Immunity: A Response to Baigent's Case and Harvey v Derrick* (New Zealand Law Commission Report, 1997); *PAUL RISHWORTH, GRANT HUSCROFT, SCOTT OPTICAN & RICHARD MAHONEY, THE NEW ZEALAND BILL OF RIGHTS* 811 (2003).

477 פרשת *Baigent*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 677, מפי הנשיא קוק ("Remedies implicitly authorised by an enacted declaration of rights cannot differ in nature from remedies authorised by a (generally-worded remedies clause").

478 שם, בעמ' 678.

each case. In some it may be that already obtainable under existing legislation or at common law: in others, where such remedies are unavailable or inadequate, the Court may award compensation for infringement, or settle on some non-monetary option as appropriate. In this way the rights affirmed by the Bill can be protected and promoted as an integral part of our legal framework."⁴⁷⁹

נקבע כי תרופת הפיצויים אינה חלק מדיני הנזיקין, אלא חלק מהמשפט הציבורי, וכי אחריותה של המדינה אינה שילוחית.⁴⁸⁰

(6) קנדה

הצ'רטר הקנדי בדבר זכויות וחירויות כולל בחובו הוראה שלפיה כל מי שזכותו החוקתית נפגעה רשאי לפנות לבית-משפט מוסמך, "to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances"⁴⁸¹ נפסק כי הוראה זו מעניקה לבית-המשפט שיקול-דעת רחב ביותר.⁴⁸² בשורה של פסקי-דין פסק בית-המשפט העליון של קנדה כי מכוחה של הוראה זו ניתן לחייב את רשויות השלטון בתשלום פיצויים בגדרי המשפט הציבורי בגין פגיעה לא כדין בזכות חוקתית המעוגנת בצ'רטר הקנדי.⁴⁸³

פסק-הדין המרכזי בהקשר זה ניתן בפרשת Ward.⁴⁸⁴ בפרשה זו זוהה העותר בשגגה כמי שעלול לפגוע בראש הממשלה הקנדי. הוא נעצר על-ידי משטרת ונקובר, נערך חיפוש בגופו ובמכוניתו, ולאחר ארבע שעות וחצי הוא שוחרר. בתגובה על כך תבע העותר את העיר והפרובינציה בתביעת נזיקין ובתביעת פיצויים לפי סעיף 24(1) לצ'רטר הקנדי. הערכאה הדיונית קבעה כי המעצר היה כדין, ועל-כן דין התביעה בגינו להידחות. בעניין החיפוש בגופו של המבקש ובמכוניתו נקבע כי אלה נעשו בתום-לב, ועל-כן דינה של תביעת הנזיקין להידחות. לעומת זאת, נקבע כי מן הראוי לפצות את התובע בגין

479 שם, בעמ' 692.

480 שם, בעמ' 677 ו-702.

481 ס' 24(1) לצ'רטר הקנדי. לנוסח המלא של הסעיף ראו לעיל בעמ' 318.

482 ראו: Mills v. The Queen, [1986] 1 S.C.R. 863, 965 (Can.) ("It is difficult to imagine language which could give the court a wider and less fettered discretion").

483 ראו ROACH, CONSTITUTIONAL REMEDIES IN CANADA, לעיל ה"ש 145, בעמ' 1-11; COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 18. לספר קודם של אותו מחבר ראו: KEN COOPER-STEPHENSON, CHARTER DAMAGES CLAIMS (1990). ראו גם OKPALUBA & OSODE, לעיל ה"ש 450, בעמ' 62. ראו גם: Marilyn L. Pilkington, Damages as a Remedy for Infringement of the Canadian Charter of Rights and Freedoms, 62 CAN. B. REV. 517 (1984).

484 פרשת Ward, לעיל ה"ש 124. לניתוח פרשת Ward ראו: Kent Roach, A Promising Late Spring for Charter Damages: Ward v Vancouver, 29 NAT'L J. CONST. L. 139, 145 (2011); Allen M. Linden, Charter Damage Claims: New Dawn or Mirage, 39 ADVOC. Q. 426 (2011).

החיפוש בגופו ובמכונית, אשר נגד את הזכות לא להיחשף לחיפוש ולתפיסה בלתי-סבירים, וזאת מכוח עקרונות של המשפט הציבורי המעוגנים בסעיף 24(1) לצ'רטר הקנדי. פסק-הדין אושר בערכאת הערעור. בית-המשפט העליון קבע כי הפיצויים נפסקו כדין לעניין החיפוש בגופו של התובע, אולם אין מקום לפסוק פיצויים בגין החיפוש במכוניתו.

בפסק-דינה ציינה הנשיאה מקלוקלין (McLachlin) כי הפיצויים המשולמים במסגרת סעיף 24(1) לצ'רטר אינם פיצויים על-פי המשפט הפרטי (private law damages), אלא פיצויים חוקתיים ("constitutional damages").⁴⁸⁵ על מהותה של תביעה זו כותבת הנשיאה מקלוקלין:

"The nature of the remedy is to require the state (or society writ large) to compensate an individual for breaches of the individual's constitutional rights. An action for public law damages – including constitutional damages – lies against the state and not against individual actors. Actions against individual actors should be pursued in accordance with existing causes of action. However, the underlying policy considerations that are engaged when awarding private law damages against state actors may be relevant when awarding public law damages directly against the state. Such considerations may be appropriately kept in mind."⁴⁸⁶

פרשת *Ward* קובעת כי הבחינה השיפוטית במסגרת סעיף 24(1) לצ'רטר בנויה על ארבעה שלבים. בשלב הראשון יש לבסס את שאלת ההפרה (ה-breach) של הזכות החוקתית. בשלב השני יש לבחון את המטרות שתשלום הפיצויים משרת.⁴⁸⁷ בשלב השלישי יש לבחון אם אין שיקולים נוגדים שיש בהם כדי להפחית או לשלול את הפיצויים. הנטל בעניין זה מוטל על הרשות השלטונית.⁴⁸⁸ מבין מכלול השיקולים הנוגדים הללו יש להדגיש שניים עיקריים:⁴⁸⁹ האחד, קיומו של סעד חלופי שיש בו כדי לקיים את התכלית שביסודו של סעד הפיצויים אך מבלי לפסוק פיצויים. סעד חלופי כזה עשוי להיות תרופה בנזיקין בגין פגיעה בזכותו של הנפגע או הצהרה על הפגיעה בזכותו אם פגיעה זו לא גרמה נזק. לעניין היחס בין תביעת הפיצויים על-פי הצ'רטר לבין תביעת פיצויים במשפט הפרטי ציינה הנשיאה מקלוקלין:

485 פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 124, פס' 22 לפסק-הדין ("It should always be borne in mind that (these are not private law damages, but the distinct remedy of constitutional damages)").

486 שם.

487 שם, פס' 25 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין. ראו גם את פסק-הדין של השופטים יעקובוביץ וארבור בפרשת *Doucet-Boudreau*, לעיל ה"ש 123, פס' 55–58. כן ראו: ROBERT J. SHARPE & KENT ROACH, THE CHARTER OF RIGHTS AND FREEDOMS 415 (5th ed. 2013).

488 פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 124, פס' 35 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

489 שם, פס' 33 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

"The existence of a potential claim in tort does not therefore bar a claimant from obtaining damages under the *Charter*. Tort law and the *Charter* are distinct legal avenues. However, a concurrent action in tort, or other private law claim, bars s. 24(1) damages if the result would be double compensation..."⁴⁹⁰

השיקול הנוגד העיקרי האחר שיש בו כדי להשפיע על תרופת הפיצויים הוא השיקול של ממשל תקין (good governance). ככלל, תשלום פיצויים מקדם ממשל תקין, שכן הוא מביא לידי התאמת ההתנהגות הממשלית לדרישות הצ'רטר. עם זאת, קיימים מקרים שבהם המדינה תוכל להראות כי תשלום פיצויים פוגע בממשל תקין, ובכך לבסס הגנה מפני תביעת פיצוי. דוגמה לכך היא בקשת פיצוי על-ידי נפגע בגין הנזק שנגרם לו על-ידי חוק אשר לימים הכריז בית-המשפט על בטלותו. אחת הדרישות של ממשל תקין היא שכל עוד החוק תקף, על רשויות הממשל לפעול על-פיו. הטלת אחריות לתשלום פיצויים במקרה שבו בוטל החוק תפגע בעקרון שלטון החוק.⁴⁹¹ דוגמה אחרת היא מצבים שבהם פיצויים עלולים לגרום הרתעת-יתר. יש להימנע מהשפעה מצננת על הפעלת שיקולי מדיניות.⁴⁹² בעניין זה ניתן ללמוד מתבונתן של הגנות שהמשפט הפרטי מעניק לרשות השלטונית מפני אחריות.⁴⁹³

בשלב הרביעי יש לקבוע את שיעור הפיצויים (quantum of damages). פיצוי זה ניתן הן בגין הנזק הרכושי והן בגין הנזק הנפשי. בנוגע לקביעת שיעור הפיצוי שיהיה בו כדי להשיב את המצב לקדמותו ניתן ללמוד מדיני הנזיקין. השפעה זו של דיני הנזיקין פוחתת כאשר עניין לנו בשיקולים של אישור החוקה והרתעת הרשויות השלטוניות.⁴⁹⁴

490 שם, פס' 36 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

491 שם, פס' 39 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין: "The rule of law would be undermined if governments were deterred from enforcing the law by the possibility of future damage awards in the event the law was, at some future date, to be declared invalid" מקלוקלין מסתמכת לעניין זה על פרשת *Mackin*, לעיל ה"ש 147).

492 פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 124, פס' 40 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין: "[T]he law does not wish to chill the exercise of policy-making discretion".

493 שם, פס' 43 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין: "While the threshold for liability under the *Charter* must be distinct and autonomous from that developed under private law, the existing causes of action against state actors embody a certain amount of 'practical wisdom' concerning the type of situation in which it is or is not appropriate to make an award of damages against the state".

494 שם, פס' 51 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין: "When we move from compensation to the objectives of vindication and deterrence, tort law is less useful. Making the appropriate determinations is an exercise in rationality and proportionality and will ultimately be guided by precedent as this important chapter of *Charter* jurisprudence is written by Canada's courts".

בהקשר זה יש להתחשב בחומרת הפגיעה.⁴⁹⁵ הפיצוי צריך להיות הוגן הן כלפי הנפגע והן כלפי הרשות השלטונית הפוגעת.⁴⁹⁶ בהקשר זה צוין כי במשפט המשווה קיימת נטייה להימנע מפסיקת פיצויים לדוגמה.⁴⁹⁷

3. הסעד החוקתי ועילת התביעה לפיצויים

(א) התכליות של סעד הפיצויים

בחינתה של הזכות לסעד חוקתי כספי – כבחינתה של כל זכות חוקתית לסעד חוקתי – נעשית על-פי תורת שלושת השלבים.⁴⁹⁸ בשלב הראשון נבחנת השאלה מהו הסעד אשר לו זכאי בעל הזכות שהרשות השלטונית פגעה בזכותו. כפי שראינו,⁴⁹⁹ סעד זה צריך לקיים שלוש תכליות: אפקטיביות, אישור חוקי-היסוד והרתעה. שלוש תכליות אלה מתקיימות בסעד הפיצויים. סעד זה הוא אפקטיבי מקום שהפגיעה בזכות החוקתית – בין פגיעה בהיבט השלילי ובין פגיעה בהיבט החיובי⁵⁰⁰ – גרמה לפגיעה שניתנת להערכה כספית.⁵⁰¹ לעניין ההיבט השלילי, בקבלת תשלום כספי יש כדי להעמיד את הנפגע במצב שבו היה נתון לפני הפגיעה (השבת המצב לקדמותו – *restitutio in integrum*).⁵⁰² כך הדבר אם הפגיעה בזכות החוקתית התבטאה בנזק לגופו, לכבודו או לקניינו של אדם. לעניין ההיבט החיובי, יש בתשלום כדי להעמיד את הנפגע במצב שבו היה נתון אילו מילאה הרשות השלטונית את חובתה.⁵⁰³ כך הדבר, למשל, במקרים של הפסד כספי שנגרם בשל אי-קיום חובה חוקתית לקיום מינימלי בכבוד, לבריאות, לדיוור

495 שם, פס' 52 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

496 שם, פס' 53 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין: "[S]. 24(1) damages must be fair... to both the claimant and the state. The court must arrive at a quantum that respects this. Large awards and the consequent diversion of public funds may serve little functional purpose in terms of the claimant's needs and may be inappropriate or unjust from the public perspective".

497 שם, פס' 56 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

498 ראו לעיל בעמ' 333.

499 ראו לעיל בעמ' 321.

500 להבחנה בין היבטים אלה ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 589.

501 על מבחני הקשר הסיבתי ראו ICHIM, לעיל ה"ש 99, בעמ' 24. ראו גם: *Attorney-General v. Taunoa* [2005] NZCA 312 at [300] (N.Z.).

502 ראו דיני הנוזיקין – תורת הנוזיקין הכללית 571 (גד טדסקי, יצחק אנגלרד, אהרן ברק ומישאל חשין עורכים, 1969); ראו ד"נ 15/88 מלך נ' קורנהויזר, פ"ד מד(2) 89, 114 (1990); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 1, בעמ' 591; רע"א 1272/05 כרמי נ' פלוני, פ"ד סב(3) 396, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל (2007); ע"א 10064/02 "מגדל" חברה לביטוח בע"מ נ' אבו חנא, פ"ד ס(3) 13, פס' 33 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין (2005); ע"א 140/00 עיזבון אטינגר נ' החברה לשיקום ופיתוח הרובע היהודי בעיר העתיקה בירושלים בע"מ, פ"ד נח(4) 486, פס' 5 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין (2004).

503 *President of the Republic of South Africa v. Modderklip Boerdery (Pty) Ltd.* 2005 (5) SA 3 (CC) (S. Afr.).

או לחינוך. בסעד הכספי (בפיצויים) יש גם כדי לאשש את חוקי-היסוד⁵⁰⁴ ולהרתיע מפני פגיעות עתידיות בהם.⁵⁰⁵

(ב) הצידוק לפגיעה בסעד הפיצויים

ניתן להצדיק אימתן סעד חוקתי של פיצויים אם הדבר מתחייב מהעקרונות המגבילים.⁵⁰⁶ העיקרון המגביל העיקרי החל בענייננו הוא האינטרס של הציבור בממשל תקין.⁵⁰⁷ אמת, ממשל תקין הוא ממשל שאינו פוגע בזכויות חוקתיות אלא אם כן הוא מקיים את הוראותיה של פסקת ההגבלה.⁵⁰⁸ עם זאת, החשש הוא שהטלת חובת פיצויים תקטין את המקורות הכספיים העומדים לרשותן של הרשויות השלטוניות במימוש סמכויותיהן,⁵⁰⁹ ותביא לידי הרתעת-יתר.⁵¹⁰ הרתעת-יתר "יוצרת אצל אנשי הרשויות גישה מתגוננת" (defensive frame of mind), המתבטאת באינטיליגנציה יזמה ואחריות, בבירוקרטיה מכבידה, בהפעלת 'מקדמי ביטחון' מיותרים ועוד. תופעות אלה מתוארות כ'אפקט מצנן' (chilling effect) של הטלת האחריות.⁵¹¹ פגיעות נוספות בממשל תקין הגלומות בהטלת חובת פיצויים הן השיבוש שיגרמו תביעות הפיצויים לעבודה השלטונית הרגילה⁵¹² וכן ריבוי תביעות-הסרק.⁵¹³

בצד העיקרון של התחשבות באינטרס הציבורי בממשל תקין מובאים לעיתים העקרונות של שמירה על היחסים בין רשויות השלטון⁵¹⁴ והתחשבות בהגבלות המוסדיות של בית-המשפט.⁵¹⁵ נראה לנו כי משקלם של שיקולים אלה נמוך, בהתחשב בעובדה שהנחת-היסוד שלנו היא כי נפגעה זכות חוקתית וכי פגיעה זו אינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. פיצוי הוא תרופה טבעית של בית-המשפט, ואין הוא פוגע כלל במערכת היחסים בין הרשויות השלטוניות. באופן דומה, העיקרון של הימנעות מפגיעה בצדדים שלישיים⁵¹⁶ אינו רלוונטי לרוב, שכן חובת הפיצויים מוטלת על הרשות השלטונית, ולא על צדדים שלישיים. עם זאת, יש להתחשב בעיקרון זה מקום שהרשות השלטונית צפויה לחזור בתביעת שיפוי נגד צד שלישי.

היחס בין התכליות המונחות ביסוד הסעד של פיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית

504 ראו פרשת Ward, לעיל ה"ש 124, פס' 28 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

505 שם, פס' 29 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

506 ראו לעיל בעמ' 326.

507 ראו לעיל בעמ' 327.

508 ראו פרשת Ward, לעיל ה"ש 124, פס' 38 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין.

509 ראו גלעד, לעיל ה"ש 116, כך כ, בעמ' 1036.

510 שם, בעמ' 1050.

511 שם, בעמ' 1051.

512 שם, בעמ' 1052.

513 שם, בעמ' 1053.

514 ראו לעיל בעמ' 328.

515 ראו לעיל בעמ' 331.

516 ראו לעיל בעמ' 327.

לבין השיקולים המצדיקים הימנעות מתשלום פיצויים נבחן במסגרת אמות-המידה הקבועות בפסקת ההגבלה.⁵¹⁷

ראשית, על הרשות השלטונית להוכיח כי התנגדותה לסעד של פיצויים מתבססת על תכלית ראויה. הרשות השלטונית תמלא דרישה זו אם היא תסתמך בהתנגדותה על העקרונות המגבילים שעליהם עמדנו לעיל, ובמרכזם האינטרס הציבורי בממשל תקין. כך, למשל, הרשות הציבורית עשויה לטעון כי משיקולים של ממשל תקין הסעד החוקתי הראוי אינו פיצויים, אלא אך הכרזה על אי-החוקתיות של התנהגותה או אף הסתפקות בצו לגבי העתיד בלא תשלום פיצויים לגבי העבר.

שנית, על הרשות השלטונית להוכיח כי קיים קשר רציונלי ממשי ומשמעותי בין הגשמת התכלית שהוצגה על-ידי הרשות השלטונית (ממשל תקין) לבין האמצעים שהמדינה עתידה לנקוט (פסק-דין המצהיר על אי-החוקתיות או צו לעתיד בלא כל סעד של פיצויים). במסגרת זאת יהא על הרשות השלטונית להתגבר על הטענה כי הקשר הממשי והמשמעותי הוא דווקא בין התכלית של ממשל תקין לבין תשלום הפיצויים.

שלישית, על הרשות השלטונית להוכיח כי אין אמצעים חלופיים למימוש התכלית הראויה (ממשל תקין) שאינם פוגעים בזכות לפיצויים כסעד אפקטיבי. כך, למשל, הרשות השלטונית תוכל להראות כי לבעל הזכות הנפגעת עומדת עילת תביעה בנזיקין כלפיה, וכי היא מכירה באחריותה במסגרת דיני הנזיקין. על רקע טיעון זה ניתן לצמצם את תחום המחלוקת לפיצוי הנוסף שמטרתו היא אישור חוקי-היסוד והרתעה מפני פגיעה בהם.⁵¹⁸ אכן, לעיתים קיומו של סעד אזרחי במסגרת פקודת הנזיקין עשוי להוות חלופה ראויה. עם זאת, יש לזכור כי חלופה היא ראויה אם היא מגשימה במלואה או במידה דומה את התכלית שהרשות השלטונית טוענת לה תוך שפגיעתה בזכות החוקתית לפיצויים קטנה יותר.

רביעית, על הרשות השלטונית להראות כי התועלת החברתית השולית שבמימוש התכלית הראויה (בדוגמה שלנו – ממשל תקין) שקולה כנגד התועלת החברתית השולית שבהטלת חובת תשלום פיצויים שיש בהם סעד אפקטיבי, אישור החוקה והרתעה מפני פגיעות נוספות בזכויות חוקתיות. בהקשר זה יש לתת משקל ראוי לעוצמת הפגיעה בזכות ולחשיבותה של הזכות הנפגעת.⁵¹⁹

נראה לנו כי ברוב המצבים שבהם רשות שלטונית פגעה בזכות חוקתית, והסעד של הכרזה על אי-חוקתיותה של הפגיעה אינו מקיים את התכליות של הסעד החוקתי, אין צידוק לא להעניק סעד חוקתי של פיצויים. העיקרון המגביל של ממשל תקין אינו יכול לשאת על גבו את שלילתו של הסעד החוקתי הכספי. הוא יכול לפעול בגבולות צרים למדי. כך, למשל, בפרשת *Mackin*⁵²⁰ נפסק כי חוק אינו חוקתי, והנפגע ביקש פיצוי

517 ראו לעיל בעמ' 334.

518 ראו *Roach, Constitutional Remedies in Canada*, לעיל ה"ש 145, בעמ' 29-11.

519 ראו פרשת *Baigent*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 678 ("The gravity of the breach and the need to (emphasise the importance of the affirmed rights... are also proper considerations").

520 ראו פרשת *Mackin*, לעיל ה"ש 147.

כספי על הנזק שנגרם לו בתקופת ההשעיה.⁵²¹ הוחלט שאין מקום לסעד חוקתי של פיצויים, שכן הטלת חובת תשלום פיצויים תפגע בממשל התקין. במקרים הרגילים נקודת המוצא צריכה להיות שפיצוי כספי הוא סעד ראוי. רק במקרים חריגים ויוצאי-דופן ניתן להצדיק אי-תשלום פיצויים בטיעון של ממשל תקין. אכן, מימושן של זכויות אדם עולה כסף,⁵²² והפגיעה בהן אינה צריכה להיות עילה להשתחררות מתשלום זה. שאלה מעניינת היא אם יש מקום לחסינות של הרשות הציבורית מפני אחריותה על-פי המשפט הציבורי, ומהם גבולותיה. הדינים של פקודת הנזיקין בעניין זה אינם חלים, שכן עניינם הוא אחריות במשפט הפרטי, ולא במשפט הציבורי. התשובה לשאלתנו תתקבל בגדר השלב השני של הבחינה החוקתית באשר לגבולותיה של עילת התביעה החדשה. המסקנה היא אפוא כי מקום שרשות שלטונית פוגעת בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה ולפרט נגרם נזק, עומדת לו עילת התביעה לסעד חוקתי של פיצויים. עילת תביעה זו – אם תוכר על-ידי בית-המשפט – תהווה חלק מהמשפט המקובל (הציבורי) הישראלי. היא אינה נסמכת על פרשת אדמה⁵²³ או על פרשת בינוי ופיתוח בנגב.⁵²⁴ אין היא נסמכת על פגיעה באוטונומיה של הרצון⁵²⁵ כחלק מדיני הנזיקין של המשפט הפרטי. עילת התביעה לסעד הפיצויים נשענת על הזכות החוקתית שנפגעה מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה ועל דיני הסעדים החוקתיים. פסיקת הפיצויים היא חלק מהמשפט הציבורי הישראלי.

(ג) מהותה של עילת התביעה לסעד חוקתי של פיצויים

(1) הערכת הפגיעה וכימותה

עילת התביעה לסעד חוקתי של פיצויים קובעת את היסודות המקימים זכות לפיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית בגדרי המשפט הציבורי. פסיקה מקיפה פותחה במשפט הפרטי בישראל לעניין הערכת הפיצויים וכימותם (quantum of damage award).⁵²⁶ המשפט המקובל הציבורי יצטרך לפתח אף הוא כללים להערכת הפיצויים ולכימותם. כללים אלה ישקפו את האיזון הראוי המונח ביסודה של עילת התביעה לפיצויים. איזון

521 על ההשעיה ראו לעיל בעמ' 367.

522 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 113 (1995); פרשת צמח, לעיל ה"ש 47, בעמ' 281. ראו גם ראו ברק-ארוז משפט מינהלי ב, לעיל ה"ש 230, בעמ' 714.

523 ע"א 140/53 אדמה חברה בינלאומית בישראל בע"מ נ' לוי, פ"ד ט 1666 (1955).

524 ראו פרשת בינוי ופיתוח בנגב, לעיל ה"ש 107. באשר לפיצויים בגדרי המשפט המנהלי ראו פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי", לעיל ה"ש 235.

525 ע"א 2781/93 דעקה נ' בית החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526 (1999); ע"א 8126/07 עזובן צבי נ' בית החולים ביקור חולים (פורסם בנבו, 3.1.2010); אסף יעקב "דא עקא דעקה – גלגוליה של פגיעה באוטונומיה" משפטים מב 5 (2012); צחי קרן-פז "פיצוי בשל פגיעה באוטונומיה: הערכה נורמטיבית, התפתחויות עכשוויות ומגמות עתידיות" המשפט יא 187 (2007).

526 ראו ע"א 357/80 נעים נ' בודה, פ"ד לו(3) 762 (1982); ע"א 57/73 יוסף נ' מדינת ישראל, פ"ד כט(2) 486 (1975); פרשת המועצה האזורית חוף עזה, לעיל ה"ש 1.

זה עשוי להיות שונה בסוגיות שונות מהפיצויים הנפסקים במשפט הפרטי. אמת, מתן סעד אפקטיבי הוא המטרה המרכזית. עם זאת, סכום הפיצויים עשוי לשקף הגדלה של סכום זה מטעמים של אישור חוקי-היסוד והרתעת הרשות השלטונית⁵²⁷ או לחלופין הקטנה של סכום זה מטעמים של ממשל תקין והתחשבות ביחסים בין הרשויות השלטוניות ובמגבלות המוסדיות של בית-המשפט.⁵²⁸

(2) הפיצוי לדוגמה

האם במסגרת עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי אפשר להטיל פיצויים שאינם מיועדים למתן סעד אפקטיבי לנפגע, אלא לאישור החוקה ולהרתעה מפני פגיעות בזכויות חוקתיות? שאלה דומה התעוררה במסגרת דיני הנזיקין. השאלה שם היא אם בית-המשפט רשאי לפסוק פיצויים עונשיים. פיצויים עונשיים (או פיצויים לדוגמה) הם פיצויים שאינם משקפים הערכה כספית של הנזק שנגרם לנפגע, אלא פיצויים הבאים להעניש את הפוגע ובכך לבטא סלידה ממעשיו.⁵²⁹

שאלת הפיצויים לדוגמה עוררה שאלות קשות בתחום דיני הנזיקין.⁵³⁰ לעיתים קרובות היא שנויה במחלוקת חריפה בגדריה של שיטת משפט.⁵³¹ בית-המשפט העליון בישראל הכיר בפיצויים לדוגמה במקרים חריגים, כגון במקרה של התנהגות מגונה ומקוממת.⁵³²

הקשיים שהתעוררו במסגרת דיני הנזיקין לעניין הפיצויים לדוגמה אינם צריכים להתעורר לעניין פיצויים שמטרתם אישור החוקה או הרתעה מפני פגיעה בזכויות

527 ראו פרשת *Taunoa*, לעיל ה"ש 501, פס' 324 ("If what is enough to vindicate is also enough to compensate, that amount is all that should be awarded. The same applies if the amount which is appropriate to compensate is also enough to vindicate. This approach implicitly involves considering how much is necessary to achieve each purpose and then awarding (the higher of the two sums) (השופט טיפנינג (Tipping)).

528 ראו COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 223.

529 ראו טדסקי, לעיל ה"ש 502, בעמ' 579. יש להבחין בין פיצויים עונשיים לבין פיצויים מוגברים (aggravated). האחרונים הם פיצויים הניתנים במקרה שבו נעשה ניסיון להשיב את המצב לקדמותו, אך מכיוון שבנסיבות הספציפיות אי-אפשר לקיים הערכה כספית מדויקת, יש התחשבות בנסיבות ביצוע הפעולה.

530 IZHAK ENGLAND, THE PHILOSOPHY OF TORT LAW 145 (1993). ראו:

531 PUNITIVE DAMAGES: COMMON LAW AND CIVIL LAW PERSPECTIVES (Helmuth Koziol, ראו: & Vanessa Wilcox eds., 2009).

532 פרשת **עוזבון אטינגר**, לעיל ה"ש 502, בעמ' 563; ע"א 9656/03 **עוזבון מרציאנו נ' זינגר**, פס' לד לפסק-דינו של השופט א' רובינשטיין (פורסם בנבו, 11.4.2005); ע"א 2570/07 **לם נ' הסתדרות מדיצינית הדסה** (פורסם בנבו, 29.1.2009); ע"א 4576/08 **בן-צבי נ' היס**, פס' 38 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (פורסם בנבו, 7.7.2011). ראו גם אליקים רובינשטיין "פיצויים עונשיים – מבט מכס המשפט" **ספר אור** 97 (2013); אור קרסין "הדוקטרינה של פיצויים עונשיים במשפט הישראלי – בחינה מחודשת" **מחקרי משפט** כט 571 (2014).

חוקתיות בגדריה של עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי. בגדריה של עילת תביעה זו מוכרות התכליות של אישור החוקה והרתעה מפני פגיעה עתידית בזכויות חוקתיות, ותכליות אלה מצדיקות לעיתים הטלת פיצויים על הרשות השלטונית מעבר לנדרש לשם מתן סעד אפקטיבי לנפגע. אין אלה פיצויים עונשיים, שכן מטרתם אינה הענשתה של הרשות הציבורית. מטרתם של הפיצויים הללו היא לממש שתי תכליות חשובות המונחות ביסוד הסעד החוקתי – אישור החוקה והרתעה מפני פגיעה עתידית בזכויות חוקתיות.⁵³³ לדעתנו, אין להגביל פיצויים אלה רק להתנהגות שלטונית מכוונת שהנפש סולדת ממנה.⁵³⁴ יש לשקול פסיקת פיצויים לאישור החוקה ולהרתעה במצבים נוספים, כגון מצבים של פגיעות שיטתיות בזכויות חוקתיות. כאמור, יש מקום לפיצויים אלה גם אם הפיצויים אינם נדרשים לנפגע כסעד אפקטיבי.⁵³⁵

(3) העדר יסוד של כוונה או התרשלות

עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי אינה דורשת שהפגיעה בזכות החוקתית תיעשה בכוונה או בפזיזות או בהתרשלות. היא אינה דורשת קיומה של חובת זהירות (מושגית או קונקרטית). עצם העובדה שהרשות השלטונית פגעה בזכות חוקתית בלא צידוק על-פי מבחני המידתיות היא המגבשת את עילת התביעה.⁵³⁶ על-כן אחריותה של הרשות השלטונית לתשלום פיצויים במשפט המקובל הציבורי אינה אחריות על בסיס אשמה, אלא אחריות מוגברת.

מסקנה זו מקובלת במשפט המשווה המכיר בעילת תביעה ציבורית בגין פגיעה בזכות חוקתית.⁵³⁷ זאת ועוד, לעניין עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי לא נדרש שהפגיעה בזכות החוקתית תהא חריפה או בליבה של הזכות וכיוצא באלה נסיבות המבחינות בין פגיעות שונות בזכות חוקתית.⁵³⁸ כל פגיעה בזכות חוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה – למעט פגיעות של "מה בכך" – משמשת בסיס לעילת התביעה הציבורית החדשה, ובלבד שמתקיימים בה שלוש התכליות שעליהן

533 ראו פרשת *Ramanoop*, לעיל ה"ש 465.

534 ראו פרשת *Ward*, לעיל ה"ש 124, פס' 56 לפסק-דינה של הנשיאה מקלוקלין. כן ראו פרשת *Rudul Sah*, לעיל ה"ש 473; *State of Maharashtra v. Christian Community Welfare Council of India*, AIR 2004 SC 7 (India); *Hongray v. Union of India*, AIR 1984 SC 1026 (India); *Saheli, A Women's Resources Centre v. Commissioner of Police, Delhi*, AIR 1990 SC 513 (India). לגישה שונה בדרום-אפריקה ראו פרשת *Fose*, לעיל ה"ש 123, פס' 71–72 (השופט אקמן). ראו גם: *Watkins v. Secretary of State for the Home Department* [2006] 2 AC (HL) 395 (U.K.).

535 *Jean C. Love, Damages: A Remedy for the Violation of Constitutional Rights*, 67 CAL. L. REV. 1242 (1979).

536 ראו להלן בעמ' 393.

537 ראו *COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE*, לעיל ה"ש 99, בעמ' 121. ראו גם פרשת *Nilabati Behera*, לעיל ה"ש 472; *D.K. Basu v. State of West Bengal*, (1997) 1 SCC 416 (India).

538 לגישה שונה ראו פרשת *Mehta*, לעיל ה"ש 473, בעמ' 1091.

עמדנו. לעניין זה יש לבחון כל זכות חוקתית בנפרד, ולגבי כל זכות יש לבחון הן פגיעה בהיבט השלילי שלה והן פגיעה בהיבט החיובי שלה.

(4) עילת התביעה אינה עולה חוקתית

[א] השימוש בדיבור "עולה חוקתית" בישראל

האם העילה החדשה לתשלום פיצויים במשפט הציבורי בגין פגיעה בזכות חוקתית היא "עולה חוקתית"? המושג "עולה חוקתית" מופיע במספר ניכר של פסקי-דין.⁵³⁹ עיון בפסיקה זו – ובספרות המשפטית הדנה בה⁵⁴⁰ – מעלה כי המושג "עולה חוקתית" הוא רב-משמעי. ניתן להבינו בשלושה מובנים שונים.

המובן הראשון הוא שעולה חוקתית היא עולה כמשמעותה בפקודת הנזיקין. האחריות בגינה מוטלת במסגרת הפקודה, והיא באה בשל הפגיעה בזכות חוקתית. עיקר השימוש במובן זה סובב סביב עוולת הרשלנות. בשל המקור החוקתי שממנו נלמדת חובת הזהירות המושגית של רשויות השלטון, היא מכונה "עולה חוקתית". על מובן זה עמדה ד' ברק-ארז בספרה:

"ההכרה באפשרות העקרונית לתבוע בגין הפרתה של זכות חוקתית... יכולה להיות מבוססת גם על דיני הנזיקין עצמם, באמצעות שימוש חדש בעילות התביעה הקיימות בהם, ובעיקר בעוולת הרשלנות (שבמסגרתה ניתן להכיר בחובת זהירות חוקתית החלה על הרשויות ומחייבת אותן לכבד את זכויות היסוד של הפרט). עוולות מסוג זה ניתן לכנות 'עוולות חוקתיות', כינוי המדגיש הן את ההתמקדות בפן הכספי של ההגנה על זכויות (בשל השימוש במונח הנזיקין 'עולה') והן את חשיבותן החוקתית של תביעות אלה."⁵⁴¹

דעתנו היא כי ראוי להכיר בחובת זהירות מושגית זו.⁵⁴² על-פיה מוטלת על כל רשות שלטונית חובת זהירות מושגית, כלפי בעלי הזכות החוקתית, לצפות כי התנהגותה הרשלנית תפגע בזכות החוקתית באופן שאינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. עם זאת, השאלה טרם הוכרעה. קיומה של עולה חוקתית במובנה זה מותנה בהכרת הפסיקה בחובת הזהירות המושגית שעליה היא מבוססת.

המובן השני של המושג "עולה חוקתית" הוא שזו עולה בגדרי המשפט הפרטי שמצויה מחוץ לפקודת הנזיקין ואשר מיועדת ליתן סעד כספי בגין פגיעה בזכות חוקתית. כך, למשל, סבר המשנה לנשיאה א' ריבלין כי "ניתן לעגן את הפיצוי בגין

539 ראו את פסקי-הדין להלן בה"ש 555.

540 ראו ברק-ארז **עוולות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450; דפנה ברק-ארז **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 422 (2010) (להלן: ברק-ארז **משפט מינהלי ג**). ראו גם NAHMOD, WELLS & EATON, לעיל ה"ש 454.

541 ברק-ארז **משפט מינהלי ג**, לעיל ה"ש 540, בעמ' 422.

542 ראו ע"א 9656/08 **מדינת ישראל נ' סעידי** (פורסם בנבו, 15.12.2011).

פגיעה באוטונומיה גם בדרך של הכרה בעוולה של פגיעה בזכות חוקתית.⁵⁴³ המשנה לנשיאה מכנה עוולה זו "עוולה חוקתית":

"הפגיעה באוטונומיה המקימה עילת תביעה בשל שנתקיימה עוולה חוקתית צריך שתיגע ב'גרעין הקשה' של זכות האדם המקדשת את האוטונומיה... הפגיעה באוטונומיה נתייחדה לא רק בשל שיש לסווגה כעוולה חוקתית, כי אם גם בשל שבלבושה הקיים מאפשרת היא להתגבר על קשיים בקביעת הקשר הסיבתי שבין ההתנהגות הפסולה לבין הנזק שבא בשלה."⁵⁴⁴

השופט י' עמית עמד על הקושי שגישה זו מעוררת, בהעלותו, למשל, את השאלה "אם ניתן להכיר בעוולה חדשה יציר הפסיקה, עוולה שאינה נכללת בפקודת הנזיקין".⁵⁴⁵ הוא ציין כי "מתוך ההכרה בהגנה על אינטרס חוקתי קצרה הדרך לשיח אקדמי אודות עוולות חוקתיות".⁵⁴⁶ השופט י' עמית הדגיש כי "יש להבחין בין יצירת עוולת מסגרת חדשה או הכרה בעילת תביעה עצמאית של הפרת זכות חוקתית, לבין ההכרה בפגיעה באינטרס חוקתי כראש נזק בלבד ובמסגרת עוולות קיימות".⁵⁴⁷ שאלת ההכרה בעוולה חוקתית מחוץ לגדריה של פקודת הנזיקין עלתה בפרשת **תנובה**.⁵⁴⁸ השופטת א' חיות ציינה כי "סוגיה נכבדה זו המבקשת להכיר בעוולה חדשה יציר הפסיקה, טרם נדונה לעומקה בפסיקתנו והמקרה דנן אינו מצריך דיון והכרעה בה".⁵⁴⁹

שאלת העוולה החוקתית חזרה בפרשת **קדוש**.⁵⁵⁰ השופט י' עמית עמד על השאלה אם יש לסווג פגיעה באוטונומיה כראש-נזק או כעוולה בפני עצמה. הוא ציין כי הוא סבור שיש לראות פגיעה באוטונומיה כראש-נזק, "ולו בשל החשש כי הכרה בפגיעה באוטונומיה כעוולה חוקתית, תביא לפריצת גבולות רבתי בין דיני הנזיקין לדיני המשפט החוקתי".⁵⁵¹ הוא ציין גם כי "למרות שהביטוי עוולה חוקתית הפך כבר למטבע לשון בפסיקה, הרי שבית משפט זה טרם הכיר בעוולה חוקתית".⁵⁵² המשנה לנשיא א' ריבלין עמד על חילוקי-הדעות בעניין הפגיעה באוטונומיה. הוא ציין כי הוא ער לקשיים שהיא מעוררת, בעיקר בהרחבת האחריות בנזיקין אל מחוץ לעוולות הקבועות בפקודת הנזיקין, וכן "בהתחשב בכך שטרם פותחו מנגנוני איזון

543 פרשת **בן-צבי**, לעיל ה"ש 532, פס' 54 לפסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

544 פרשת **עוזבון צבי**, לעיל ה"ש 525, פסק-דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין.

545 פרשת **בן-צבי**, לעיל ה"ש 532, פס' 21 לפסק-דינו של השופט י' עמית.

546 שם.

547 שם.

548 ע"א 10085/08 **תנובה – מרכז שיתופי נ' עוזבון ראבי** (פורסם בנבו, 4.12.2011).

549 שם, פס' 34 לפסק-דינה של השופטת א' חיות.

550 ע"א 1303/09 **קדוש נ' בית החולים ביקור חולים**, פ"ד סה(3) 164 (2012).

551 שם, פס' 72 לפסק-דינו של השופט י' עמית.

552 שם.

דוגמת אלה שקיימים בדיני הנזיקין המסורתיים (דוגמת ההגנות השונות), ואילו מנגנוני האיזון שקיימים בחוקי היסוד (פסקת ההגבלה) אינם רלוונטיים.⁵⁵³ על רקע זה ציין המשנה לנשיא א' ריבלין כי לדעתו מתבקשות שתי מסקנות: **האחת**, "קריאה רחבה, מבחינה נורמטיבית, של עוולת הרשלנות";⁵⁵⁴ **והאחרת**, "פיתוח העוולות החוקתיות בכל אותם מקרים שבהם אין בדיני הנזיקין הגנה מספקת על הזכות החוקתית".⁵⁵⁵ המובן **השלישי** של המושג "עוולה חוקתית" הוא עוולה בגדר המשפט הציבורי בגין פגיעה בזכות חוקתית באופן שאינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. זהו המובן שבו אנו עוסקים בפרק זה, שעניינו פיצויים במשפט הציבורי. הדיבור "עוולה" נועד לציין כי עניין לנו באחריות שאינה חוזית ואשר נועדה ליתן לאדם הנפגע פיצוי כספי. הדיבור "חוקתית" מצביע על המקור החוקתי של הזכות הנפגעת. האם שימוש בביטוי "עוולה חוקתית" על רקע ה"היסטוריה" שלו בפסיקה הישראלית הוא רצוי?

[ב] האם העילה לפיצויים היא עוולה חוקתית?

"הביטוי 'עוולה חוקתית' הפך כבר", בלשונו של השופט י' עמית, "למטבע לשון בפסיקה".⁵⁵⁶ עם זאת, "למונח 'עוולה חוקתית' אין משמעות פורמלית במשפט הישראלי".⁵⁵⁷ בצדק ציינה ד' ברק-ארז כי "אין הכרח לדבוק בו".⁵⁵⁸ לדעתנו, עדיף לא להשתמש בו. ביסוד גישתנו זו עומדים שלושה טעמים. **ראשית**, לביטוי "עוולה חוקתית" יש משמעויות שונות,⁵⁵⁹ דבר שמוביל לעמעום המושגים ולטשטוש הגבולות.⁵⁶⁰ **שנית**, המחלוקת הפסיקתית אם יש להכיר בעוולה חוקתית במשפט הפרטי מחוץ לגדריה של פקודת הנזיקין אינה נוגעת בבעיית הפיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. כך, למשל, אף שאנו סבורים כי פגיעה באוטונומיה מהווה סוג נזק בגדריה של עוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין, ולא עוולה חוקתית במשפט הפרטי מחוץ לגדרה של פקודת הנזיקין, אנו סבורים כי פגיעה לא-מידתית באוטונומיה הנגרמת על-ידי רשות שלטונית מהווה גם עילה לפיצויים כנגד הרשות השלטונית בגדר המשפט הציבורי. אכן, אין זה ראוי ואין זה נכון שהמחלוקת הקיימת בפסיקה בגדריו של המשפט הפרטי בשאלה אם יש להכיר בעוולה חוקתית

553 שם, פס' 38 לפסק-דינו של המשנה לנשיא א' ריבלין.

554 שם.

555 שם. ראו גם ע"א 8489/12 **פלוני נ' פלוני**, פס' 11 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 29.10.2013); ע"א 4333/11 **סלומון נ' גורי יבוא והפצה בע"מ**, פס' 28 לפסק-דינו של השופט י' עמית (פורסם בנבו, 12.3.2014) ("למרות 'הרהורי כפירה' שהועלו לגבי מהותה של הפגיעה באוטונומיה, הדעה המקובלת כיום היא שאין מדובר בעוולה אלא בראש נזק. זאת, למרות שסיווג זה אינו חף מקושי מושגי").

556 פרשת **קדוש**, לעיל ה"ש 550, פס' 72 לפסק-דינו של השופט י' עמית.

557 ברק-ארז **משפט מינהלי ג**, לעיל ה"ש 540, בעמ' 422.

558 שם, בעמ' 423.

559 ראו לעיל בעמ' 391.

560 ראו יצחק עמית "על טשטוש תחומים, טשטוש גבולות ואי-ודאות במשפט" **דין ודברים** 17 (2011).

תשפיע על התפיסה שיש להכיר בזכות לפיצויים בגין פגיעה לא-מידתית בזכות חוקתית בגדרי המשפט הציבורי. **שלישית** – וזה העיקר – האחריות לפיצויים בגדרי המשפט הציבורי בגין פגיעה בזכות חוקתית אינה מבוססת על המושגיות של "עוולה אזרחית". כך, למשל, הפסיקה האנגלית שפירשה את ה-Human Rights Act 1998 הדגישה כי חוק זה "[is] not a tort statute", וכי הפיצויים על-פיו "[are] not tortious in nature".⁵⁶¹ הודגש כי האחריות הינה "non tortious public wrong".⁵⁶² בפרשת *Maharaj*⁵⁶³ ציין השופט דיפלוק (Diplock) כי האחריות לפיצויים במשפט הציבורי "is not a liability in tort at all: it is a liability in the public law of the state". בפרשת *Baigent*⁵⁶⁴ כי פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית "is a public law remedy and not a form of vicarious liability for tort". על-כן, בעוד האחריות בגין דיני הנזיקין (שבמשפט הפרטי) מבוססת על אשמה בדרך זו או אחרת, האחריות לפיצויים במשפט הציבורי אינה מבוססת על אשמה. רשות שלטונית שפגעה באופן לא-מידתי בזכות חוקתית אחראית לפיצויים גם אם היא פעלה ללא כוונה, פזיזות או התרשלות. עקרון האחריות השילוחית אינו חל בזכות לפיצויים במשפט הציבורי. האחריות היא "אישית" של הרשות השלטונית; האדם שביצע את הפגיעה אינו אחראי באופן אישי, והרשות השלטונית שבשמה פעל אינה אחראית באופן שילוחי. החסינות שהמשפט הפרטי מעניק לרשות השלטונית אינה חלה במישרין לעניין אחריותה על-פי עילת התביעה של המשפט הציבורי.⁵⁶⁵ במסגרת העילה הציבורית יהא מקום לשקול את עניין החסינות, ואחד מהשיקולים יהיה האינטרס הציבורי בממשל תקין. אכן, המטרות המונחות ביסוד תשלום הפיצויים בעוולת הנזיקין בגין פגיעה בזכות חוקתית שונות מהמטרות המונחות ביסוד הפיצויים במשפט הציבורי בגין פגיעה בזכות חוקתית:⁵⁶⁶ הראשונות נגזרות מהתכליות המונחות ביסודם של דיני הנזיקין, ואילו האחרונות נגזרות מהתכליות המונחות ביסוד הסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית. על-כן גם הקשרים הסיבתיים הנדרשים בין מעשה לתוצאה אינם זהים בשני המקרים. אכן, בעוד קבלת

561 ראו: Greenfield v. Secretary of State for the Home Department [2005] 1 UKHL 673 (U.K.); Jenny Steele, *Damages in Tort* (U.K.); Faulkner v. SOSJ [2013] 2 AC 254 (U.K.) and Under the Human Rights Act: Remedial or Functional Separation?, 67 CAMBRIDGE L.J. 606 (2008).

562 Andrew Burrows, *Damages and Rights*, in RIGHTS AND PRIVATE LAW 293 (Donal Nolan & Andrew Robertson eds., 2011). לביקורת גישה זו ראו: ROBERT STEVENS, TORTS AND RIGHTS 289 (2007).

563 פרשת *Maharaj*, לעיל ה"ש 460, בעמ' 679 (השופט דיפלוק).

564 פרשת *Baigent*, לעיל ה"ש 97, בעמ' 677 (הנשיא קוק).

565 ראו COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE לעיל ה"ש 99, בעמ' 194.

566 ראו פוליאק "הזכות המנהלית והסעד הכספי במשפט המקובל המנהלי", לעיל ה"ש 235, בעמ' 278.

פיצויים בגין עוולה היא זכותו של הניזוק, קבלת פיצויים בגין פגיעה בעילת התביעה לפי המשפט המקובל הציבורי נתונה לשיקול-דעת שיפוטי, המחייב איזון בין התכליות של הסעד החוקתי לבין העקרונות המגבילים. בית-המשפט העליון ייטיב אם כן לעשות אם בצד הכרתו בעילת התביעה החדשה הוא יקבע כי אין זו עוולה חוקתית, וכי פקודת הנזיקין אינה חלה עליה.

(5) *היחס בין עילת התביעה לפיצויים במשפט הציבורי לבין עילות המשפט הפרטי*

[א] *היחס בין הנורמות שבשתי העילות*

שתי העילות – זו מהמשפט הפרטי, ובמרכזה עוולת הרשלנות שבפקודת הנזיקין, וזו מהמשפט המקובל הציבורי – עומדות זו בצד זו. כל אחת מהן עומדת על רגליה-היא. אין האחת באה במקום האחרת, ובלבד שיובטח כי הנפגע לא יקבל פיצוי כפול. אין סתירה בין שתי העילות. עילת התביעה לפי פקודת הנזיקין אינה קובעת כי אין להכיר בסעד פיצויים בגדרי המשפט הציבורי. קביעתה – שאף היא אינה נקייה מספקות⁵⁶⁷ – היא כי העוולות היחידות הן אלה המוכרות על-ידיה או מכוח חקיקה. פקודת הנזיקין אינה נוקטת כל עמדה באשר לפיתוח משפט מקובל ציבורי. אין מקום להנחה כי במהלך השנים 1944–1947 – בשעה שנחקקה הפקודה והוכנסה לתוקף – אחד מיעדיה היה שלילת סעדים במשפט הציבורי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות. אין גם לפרש את הפקודה באופן כזה כיום. נהפוך הוא, את הוראותיה של פקודת הנזיקין יש לפרש ברוח הערכים של חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. פירוש הפקודה באופן השולל את העילה לפיצויים מהמשפט המקובל הציבורי הוא פירוש היוצר ניגוד בין פקודת הנזיקין לבין חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. ניגוד פרשני זה יש למנוע.

פקודת הנזיקין מבוססת על רעיון העוולה הנזיקית, המבוססת מצידה על רעיון האשמה ועל ההבחנה בין אחריות אישית לאחריות שילוחית. העילה לפיצויים מהמשפט המקובל הציבורי אינה מבוססת על רעיון העוולה או על רעיון האשמה,⁵⁶⁸ אלא היא מבוססת על הטלת אחריות אישית על הרשות השלטונית בגין פגיעה חוקתית מבלי להטיל אחריות "אישית" על האורגן של הרשות השלטונית. היא מבוססת על הרעיון שפגיעה בזכות חוקתית מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה מחייבת סעד חוקתי, אשר במקרים מסוימים יכול להיות גם סעד של פיצויים. על מהותה של עילת התביעה לפיצויים במשפט הציבורי עמד קופרס-טפנסון:

"[D]amages are accepted as an appropriate remedy without proof of fault. Recovery is available on a purely causal basis, including for unforeseeable and unavoidable deprivation of rights. The approach emphasizes the

567 ראו טדסקי, לעיל ה"ש 502, בעמ' 112.

568 ראו לעיל בעמ' 390.

infringement of a constitutional human 'right', rather than that the victim has been 'wronged'.⁵⁶⁹

בצד השוני בין עילת התביעה על-פי פקודת הנזיקין לבין עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי קיים גם דמיון ביניהן. בשתי העילות נפסקים פיצויים לאדם שזכותו החוקתית נפגעה לא כדין. הגבול בין המשפט הציבורי (המעניק פיצויים בגין פגיעה לא-מידתית בזכות חוקתית) לבין המשפט הפרטי (המעניק פיצויים במסגרת העולות, המגילות גם הן על זכויות חוקתיות) הוא דק לעיתים.⁵⁷⁰ כך בוודאי מקום שהתכליות המונחות ביסוד הזכות לפיצויים הן דומות.⁵⁷¹ ביסוד שתי העילות מונחת התכלית של סעד אפקטיבי. גם התכליות של אישוש החוקה והרתעה מפני פגיעה בזכויות חוקתיות, המונחות ביסוד העילה הציבורית, אינן זרות לעילה לפי פקודת הנזיקין. על רקע זה אך טבעי הוא שהזכות הצעירה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי תבקש להיעזר בהלכות שפותחו במסגרת הזכות הוותיקה והמושגית של פיצויים על-פי פקודת הנזיקין, ובמידת הצורך אף לאמצן. אכן, אך טבעי הוא שרבות מן השאלות שהתעוררו ונפתרו בדיני הנזיקין יעמדו בעתיד לפני בית-המשפט בבואו לגבש משפט מקובל ציבורי חדש. יהא על המשפט המקובל הציבורי ללמוד מן המשפט הפרטי, ולאמץ בשעת הצורך דינים המתאימים לפיצויים בגדרי המשפט הציבורי, תוך דחייתם של דינים שאינם ניתנים לאימוץ.

לעיתים יעמדו לרשות אדם שזכותו החוקתית נפגעה הן זכות לפיצויים לפי פקודת הנזיקין והן זכות לפיצויים לפי המשפט המקובל הציבורי. הבחירה ביניהן, במצב דברים זה, ראוי שתהיה בידי האדם שזכותו החוקתית נפגעה, ובלבד שלא יקבל פיצוי כפול.⁵⁷² אין לראות את עילת התביעה הצעירה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי כעילת תביעה שיווית, שיש לפנות אליה רק בהעדר עילת תביעה ותיקה על-פי המשפט הפרטי.⁵⁷³

[ב] בית-המשפט שראוי כי ידון בתביעת פיצויים מהמשפט המקובל הציבורי עילת התביעה החדשה לפיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית – אם תוכר על-ידי בית-המשפט העליון – תהווה חלק מהמשפט המקובל הציבורי בישראל. על רקע זה מתעוררת מטבע הדברים השאלה מיהו בית-המשפט שראוי כי ידון בעילה החדשה. בית-המשפט העיקרי בישראל הדן בעילות תביעה חוקתיות הוא בית-המשפט העליון

569 ראו COOPER-STEPHENSON, CONSTITUTIONAL DAMAGES WORLDWIDE, לעיל ה"ש 99, בעמ' 121.

570 ראו דפנה ברק-ארו "משפט ציבורי ומשפט פרטי – תחומי גבול והשפעות-גומלין" **משפט וממשל** ה' 95 (1999); ברק-ארו **משפט מינהלי ג**, לעיל ה"ש 540, בעמ' 12 ו-21.

571 לתכליות המונחות ביסודם של דיני התרופות שבדיני הנזיקין ראו גלעד, לעיל ה"ש 116, בעמ' 51.

572 לגישה שונה ראו פרשת Fose, לעיל ה"ש 123.

573 ראו פרשת Taunoa, לעיל ה"ש 501, פס' 108 לפסק-דינה של הנשיאה אליאס ("I do not think it is appropriate however to take from this circumstance that the availability of damages for (breach of a right is a 'residual' remedy").

בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק. בית-משפט זה מוסמך כמובן לדון גם בתביעת פיצויים. הפתרון הראוי הוא תיקון חוק בתי משפט לענינים מינהליים, התש"ס-2000, באופן שיסמך גם את בית-המשפט לענינים מנהליים לדון בעילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי. שאלה יפה היא אם ניתן להגיע לתוצאה זו גם בדרך שיפוטית.⁵⁷⁴

4. האם רצוי להכיר בעילת תביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי?

(א) טיעונים נגד הכרה בעילת התביעה החדשה

מהותה של עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי נפרשה בהרחבה. דומה שאנו מכירים אותה ואת יסודותיה אף שהיא טרם הוכרה על-ידי בית-המשפט. מצב דברים זה מאפשר לנו לבחון אם מבחינת המשפט הרצוי (ה-*lex ferenda*) ראוי להכיר בעילת תביעה זו. מאז כוננו חוקי-היסוד בדבר זכויות האדם מקובל שבית-המשפט הגבוה לצדק מוסמך לפסוק פיצויים מקום שזכות חוקתית נפגעה באופן שאינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.⁵⁷⁵ חרף זאת טרם הוכרה עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי. מה מונע את בית-המשפט מלהכיר בעילת תביעה זו?⁵⁷⁶ לשאלה זו ייתכנו כמה תשובות.

ראשית, ניתן לטעון כי אין צורך בעילת התביעה במשפט הציבורי, שכן עילות התביעה הקיימות במשפט הפרטי נותנות את סעד הפיצויים במקרה של פגיעה בזכות חוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. אם המערכת הנורמטיבית נותנת פתרון ראוי לפגיעה בזכות חוקתית, אין צורך לתקן אותה בדרך של עילת תביעה מהמשפט הציבורי.

תשובה זו אינה מדויקת כלל ועיקר. רבים הם המצבים שבהם המשפט הפרטי – ונתמך בעוולת הרשלנות בפקודת הנזיקין – אינו מכיר באחריות לפיצויים בנסיבות שבהן אחריות כזו הייתה מוכרת על-פי העילה מהמשפט המקובל הציבורי. כך המצב מקום שדיני הרשלנות אינם מכירים בקיומה של חובת זהירות (מושגית⁵⁷⁷ וקונקרטית⁵⁷⁸). במצבים אלה תוכר אחריות על-פי העילה החדשה, שכן זו אינה מבוססת על חובת הצפייה, אלא אך על עצם הפגיעה בזכות החוקתית.⁵⁷⁹ יתר על כן, גם אם דיני הרשלנות יכירו בקיומה של חובת זהירות (מושגית וקונקרטית), הם עשויים לשלול

574 ראו פרשת פסטרנק, לעיל ה"ש 442; בג"ץ 4306/93 חלפון נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה, תל-אביב, פ"ד מז(4) 37 (1993); פרשת סוקר, לעיל ה"ש 71. ראו גם פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, לעיל ה"ש 450. אך ראו מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי-משפט לענינים מינהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו 233 (2001).

575 ראו לעיל בעמ' 375.

576 ראו ברק-ארוז משפט מינהלי ג, לעיל ה"ש 540, בעמ' 389.

577 ראו לעיל בעמ' 391.

578 ראו לעיל בעמ' 390–391.

579 שם.

אחריות בגין עוולת הרשלנות, שכן הרשות השלטונית לא התרשלה. לעומת זאת, עילת התביעה החדשה מבוססת על אחריות מוגברת, כך שהתרשלותה של הרשות השלטונית אינה תנאי נדרש.⁵⁸⁰ לבסוף, גם אם דיני הרשלנות יכירו בכך שהרשות השלטונית ביצעה עוולה, הפיצויים שייפסקו ייקבעו על-פי התכליות המונחות ביסוד הפיצוי הנזיקי, ולא על-פי התכליות המונחות ביסוד הפיצוי בעילת התביעה מהמשפט המקובל הציבורי.⁵⁸¹

שנית, ניתן לטעון כי השיקולים השונים המונחים ביסוד תחימת אחריות של רשויות הציבור בגדר עוולת הרשלנות – "גבולות האחריות" במינוחו של י' גלעד⁵⁸² – חלים גם לעניין עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי. על-פי גישה זו, הכרה בעילה החדשה תוביל בעיקרו של דבר להכרה ב"אחריות פתוחה",⁵⁸³ שתוצאותיה הן סכנה של הרעת-יתר, שיבוש פעולותיה של הרשות השלטונית, הצפת בתי-המשפט בתביעות פיצויים ותופעות דומות המצדיקות אי-הכרה באחריות בנזיקין.

רשימה זו אינה המקום המתאים לבחינת טיעונים אלה במסגרת עוולת הרשלנות עצמה. גם אם אניח כי הם ראויים בגדריה של עוולת הרשלנות, משקלם לעניין עילת התביעה החדשה פחות בהרבה. הטעם לכך הוא שנקודת המוצא של האחריות לפיצויים על-פי עילת התביעה החדשה מניחה פגיעה בזכות חוקתית שאינה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה.⁵⁸⁴ כן היא מניחה כי השיקולים של פסיקת פיצויים גברו על הטענות הנוגדים, שבמרכזם האינטרס של הציבור בממשל תקין, ההתחשבות ביחסים בין הרשויות השלטוניות והמגבלות המוסדיות של בית-המשפט.⁵⁸⁵ נמצא כי לאחריות נקבעו גבולות, ואין היא אחריות פתוחה כלל.⁵⁸⁶ אכן, במצב דברים זה אין עוד מחלוקת כי התנהגותה של הרשות השלטונית אינה כדין, וכי בית-המשפט עשוי לקבוע כי פעולתה של הרשות השלטונית בטלה ואף לתת צו המורה לרשות השלטונית להימנע מפעולתה הבלתי-חוקתית או לממש את מחויבותה החוקתית. בהתקיים כל אלה, טיעוני-הנגד הולכים ונחלשים.

שלישית, ניתן לטעון כי הדרך הראויה להכרה בעילת הפיצויים במשפט הציבורי אינה באמצעות "חקיקה שיפוטית", אלא באמצעות חקיקה על-ידי המחוקק.⁵⁸⁷ אולם מהמשפט המשווה למדנו⁵⁸⁸ כי לא מתעוררת כל בעיה מוסדית בקביעת הלכות שיפוטיות באשר לפיצויים המשתלמים בגין פגיעה בזכות חוקתית שאינה מקיימת את

580 שם.

581 ראו לעיל בעמ' 394.

582 ראו גלעד, לעיל ה"ש 116, בעמ' 1027.

583 שם, בעמ' 1050.

584 ראו לעיל בעמ' 375.

585 ראו לעיל בעמ' 386.

586 ראו פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450.587 רע"א 8821/09 **פרוז'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (פורסם בנבו, 16.11.2011) (השופט ס' ג'ובראן). התביעה לפיצויים התבססה על הוראות ס' 5(א) לחוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000.

588 ראו לעיל בעמ' 377–385.

תנאיה של פסקת ההגבלה. אכן, עניין לנו בתפקיד קלסי של בית-משפט בשיטות המשפט המקובל. תורת הפיצויים היא לעיתים קרובות תורה שיפוטית. גם במסגרת פקודת הנזיקין הבסיס הסטטוטורי לדיני הפיצויים הוא מועט, ועיקרו הלכתי. **רביעית**, ניתן לטעון כי הטלת תשלום פיצויים על הרשות השלטונית תיצור מעמסה כספית יתרה, אשר תפגע בפעולותיה האחרות של הרשות. "הכיס העמוק" של המדינה אינו עמוק כלל ועיקר, ומה שנותנים לפרט הנפגע בא על-חשבון מימוש חובות חוקתיות כלפי פרט אחר או על-חשבון אינטרסים שחשובים לציבור בכללותו. טענה זו חשובה. הסעד החוקתי הוא סעד של שיקול-דעת,⁵⁸⁹ ובגדריו של שיקול-הדעת יש להתחשב גם בשיקול זה. השאלה היא מהו המשקל שיינתן לשיקול זה. עניין זה צריך להיקבע במסגרת האיזון בין התכליות המונחות ביסוד הסעד החוקתי לבין העקרונות המגבילים. זו המסגרת הראויה לבחינתו של טיעון זה, ואין בכוחו למנוע את הצורך באיזון החוקתי על-ידי שלילתה של עילת התביעה החדשה. **חמישית**, ניתן לטעון כי הכרה בעילת התביעה לפיצויים מהמשפט המקובל הציבורי תפתח פתח להשתחררות של הרשות השלטונית מחובותיה החוקתיות. תחת כיבודה של הזכות החוקתית יבוא תשלום הפיצויים, תוך השארת המצב הבלתי-חוקתי על כנו.⁵⁹⁰ טענה זו אין בכוחה לשלול את עילת הפיצויים החדשה. עם זאת, יש בכוחה להשפיע על הפעלת שיקול-הדעת השיפוטי שבפסיקת פיצויים על-פי תנאיה של פסקת ההגבלה. במסגרת תחולתה של התוצאה המידתית,⁵⁹¹ שיקול-הדעת של בית-המשפט לעניין הסעד בגין פגיעה בזכות חוקתית הוא רחב. מן הראוי שבתי-המשפט לא ישתמשו בכוחם לפסוק פיצויים כדי להחליש את ההגנה על הזכויות החוקתיות.

(ב) טיעונים בעד הכרה בעילת התביעה החדשה

ביסודה של עילת התביעה החדשה עומדים שני טיעונים מרכזיים. הטיעון הראשון מתמקד בזכות החוקתית שהופרה. אם מבקשים להתייחס לזכויות החוקתיות ברצינות, יש להעניק סעד אפקטיבי לאדם שזכותו החוקתית נפגעה מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה – סעד שיש בו גם כדי לאשש את החוקה ולהרתיע מפני פגיעות עתידיות בה. אלה הן התכליות המונחות ביסוד הזכות לסעד חוקתי, והן הצידוק המרכזי להכרה בסעד חוקתי של פיצויים כחלק מהמשפט הציבורי. אמת, לעיתים ניתן להשיג תוצאות אלה באמצעות המשפט הפרטי. עם זאת, הפתרונות של המשפט הפרטי אין בכוחם להקיף את מלוא השתרעותה של הפגיעה הלא-מידתית בזכות החוקתית. מנקודת-מבט של הסעד החוקתי לפיצויים, הפתרונות של המשפט הפרטי הם בסופו של יום פתרונות חלקיים בלבד. כל עוד לא הוכר מעמדה החוקתי של הזכות לפיצויים, יש בפתרונות של המשפט הפרטי כדי למלא את החסר, ולו באופן חלקי. אולם עתה, עם

589 ראו לעיל בעמ' 341.

590 ראו פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450.

591 ראו לעיל בעמ' 342.

ההכרה במעמדה החוקתי של הזכות לסעד חוקתי, יש להכיר גם במעמד החוקתי של סעד הפיצויים.

הטיעון השני מתמקד ברשות השופטת. עליה "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה".⁵⁹² חובתה של הרשות השופטת היא להבטיח משטר נורמטיבי שבגדרו לאדם שזכותו נפגעה מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה סעד אפקטיבי שיהיה בו גם כדי לאשש את החוקה ולהרתיע מפני הפרות עתידיות של הזכויות שבה. זכויות חוקתיות ללא סעד בגין הפגיעה בהן הן זכויות ללא תוכן. אין להסתפק בהכרזות יפות על חשיבותן של זכויות חוקתיות. יש לגבות הכרזות אלה במעשים. לעיתים הסעד הראוי הוא הצהרה על אי-חוקתיותה של הפגיעה הלא-מידתית בזכות החוקתית; לעיתים הסעד הראוי הוא מתן ציווי לרשות השלטונית לקיים את חובתה; אך לעיתים הסעד האפקטיבי הוא תשלום פיצויים. על הרשות השופטת לממש חובתה זו.

5. סעד של פיצויים בגין פעולה שלטונית המטילה נטל חריג על הנפגע

(א) בעיית הנטל החריג

שוטר רודף אחר עבריין החשוד ברצח. הוא נוקט את כל האמצעים הנדרשים כדי ללכוד את העבריין. העבריין יורה לעבר השוטר, וזה משיב אש על-פי הכללים המקובלים. השוטר מכון לעבר רגליו של העבריין אך מחטיא, ומן הירי נפצע עובר-אורח. האם עובר-האורח זכאי לפיצויים מהמדינה על נזקו? הנה דוגמה נוספת: חוק חדש קובע כי כל אזרח חייב לקבל חיסון מפני מחלה פלונית. קדמה לחוק בדיקה מדעית מקיפה, שהעלתה כי אין לחיסון תופעות-לוואי אלא במקרים חריגים ויוצאי-דופן. אחד ממקבלי החיסון חלה ומת כתוצאה מהחיסון. האם עזבונו זכאי לפיצוי על נזקו?

מבחינת המשפט הפרטי התשובה לשתי השאלות היא בשלילה. הפגיעה בעובר-האורח ובנפגע החיסון אינה מולידה אחריות בעוולת הרשלנות, ולו מן הטעם שרשויות השלטון לא התרשלו.⁵⁹³ ולא הפרו כל חובה חקוקה. אין כל "אשם" בהתנהגותה של הרשות השלטונית. השאלה היא מה הדין מבחינת המשפט הציבורי? היש לומר כי רשויות השלטון פעלו כדין ולכן אין מקום להטיל עליהן כל אחריות?

גישה כזו אינה מניחה את הדעת. מדוע יישאו עובר-האורח או מקבל החיסון בנטל הכספי של הביטחון האישי והביטחון התברואתי של כל בני החברה? אמת, השוטר והמחסן נהגו כדין, ועל-כן אל להם לשאת באחריות לפיצויים כלפי הנפגע. אך מדוע לא תישא המדינה בנטל הכספי של פיצוי, ובכך תטיל את הנטל באופן שוויוני על כל בני החברה המממנים את הוצאות הממשלה? היש מקום להטיל על עובר-האורח ועל

592 ס' 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו לעיל בעמ' 316.

593 השוטר לא התרשל, ובהעדר אחריות של השוטר, אין גם מקום לאחריות של המדינה – לא שילוחית ולא אישית (שכן אנו מניחים שהמדינה לא התרשלה בבחירת השוטר ובאימונו). כן לא הייתה כל התרשלות בהטלת חובת החיסון על כל אדם.

מקבל החיסון נטל לא־שוויוני של נשיאת הוצאות הביטחון והבריאות של הכלל על כתפיהם?

זוהי בעיית הנטל החריג.⁵⁹⁴ היא מתעוררת במגוון של מצבים. השאלה שאנו ניצבים בפניה היא אם ראוי שעובר־האורח או הנפגע מהחיסון בדוגמות שלעיל יקבלו פיצויים מהמדינה. אם התשובה היא בחיוב, אזי מהו העיקרון הכללי שממנו נגזרת הזכות לפיצוי? האם עילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי יכולה לתת ביטוי לעיקרון כללי זה? נפתח במשפט המשווה.

(ב) המשפט המשווה

במספר ניכר של שיטות משפט מוכר סעד של פיצויים לנפגע אשר הדין הקיים מטיל עליו נטל חריג. המשפט הציבורי הצרפתי, פרי פסיקתה של מועצת המדינה (Conseil d'État), מכיר בתביעת פיצויים במצבים אלה.⁵⁹⁵ הנה כמה דוגמות:

1. שלושה אסירים ביצעו שוד בבנק. האחד ביצע את השוד כאשר היה בחופשה שממנה איחר לחזור; שני ביצע את השוד כאשר היה בעבודה מחוץ לבית־הכלא; והשלישי ביצע את השוד לאחר שקיבל הפחתה בעונשו. הבנק קיבל פיצוי על נזקו בגין פעולותיו של כל אחד מהשלושה, מבלי שהוכחה כל אשמה של רשויות השלטון או סטייה שלהן מהכללים.⁵⁹⁶
2. מורה המועסקת בבית־הספר של המדינה נדבקה מתלמיד בחצבת בהיותה בהיריון. היא ילדה ילד הסובל ממום. הילד קיבל פיצוי מהמדינה מבלי שהוכחה כל אשמה של רשויות בית־הספר או סטייה שלהן מהכללים.⁵⁹⁷
3. דייגים חסמו לא כדין את הכניסה לנמל. הרשויות החליטו לא לפזרם בכוח על־מנת לאפשר כניסת אוניות לנמל. מאוניית שיט נמנעה הכניסה לנמל, וכתוצאה מכך היא לא יכלה לאסוף תיירים, דבר שגרם לה נזק ניכר. בעל האונייה קיבל פיצוי על נזקו, אף שלא הוכחה כל אשמה או סטייה מהכללים הנוהגים בעניין זה.⁵⁹⁸
4. בעלי בית השכירו דירה לאישה. לאחר זמן היא נישאה. לבעלה הייתה חסינות דיפלומטית שבגינה לא היה אפשר לפנות את הזוג מהדירה. בעלי הבית זכו בפיצוי מהמדינה על נזקם, שנגרם בשל החסינות הדיפלומטית.⁵⁹⁹

⁵⁹⁴ לשאלה זו ראו פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450.

⁵⁹⁵ ראו ברק־ארז **עוולות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450, בעמ' 66; GOVERNMENTAL LIABILITY: A COMPARATIVE STUDY, לעיל ה"ש 450; L. NEVILLE BROWN & JOHN S. BELL, FRENCH ADMINISTRATIVE LAW (5th ed. 1998); DUNCAN FAIRGRIEVE, STATE LIABILITY IN TORT: A COMPARATIVE LAW STUDY (2003). לסוגיה זו בהרחבה ראו פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450.

⁵⁹⁶ Garde des Sceaux c. Banque Populaire de la Région Économique de Strasbourg (CE 9 Avril 1987).

⁵⁹⁷ Saulze (CE 6 Novembre 1968).

⁵⁹⁸ Sealink U.K. Ltd. (CE 22 June 1984).

⁵⁹⁹ Ministre Des Affaires Étrangères c. Consorts Burgat (CE 29 Octobre 1976).

5. בעלים של מסעדה השוכנת על דרך בין-עירונית סבל נזק כתוצאה מצו שהייב בעלי משאיות לנסוע בכביש אחר. הוא זכה בפיצוי על נזק.⁶⁰⁰ יש המבססים את זכותו של פרט לסעד של פיצויים בגין פעולה שלטונית המטילה עליו נטל חריג על עקרון הסיכון.⁶⁰¹ אחרים מבססים זאת על עקרון השוויון (l'égalité devant les charges publiques), שעל-פיו יש לפצות אדם שעל שכמו הוטל נטל לא-פרופורציונלי בשל פעילות שנועדה לטובת הכלל.⁶⁰² בראון ובל (Brown & Bell) כותבים על הסבר שני זה ועל יחסו לעקרון הסיכון:

"An alternative and perhaps more profound rationale is to connect liability without fault to the fundamental principle of the equality of all citizens in bearing public burdens... Here the French are basing liability on the principle that what is done in the general interest, even if done lawfully, may still give rise to a right to compensation when the burden falls on one particular person..."⁶⁰³

שני הסברים אלה אינם מוציאים זה את זה.⁶⁰⁴ עקרון הסיכון מתבסס על הגישה שסיכון הנגרם על-ידי פעולתה של הרשות השלטונית בפועלה לטובת הכלל אינו צריך ליפול על שכמו של פרט מסוים, שכן בכך מופר עקרון השוויון, אלא הציבור כולו צריך לשאת בו.⁶⁰⁵

במשפט הגרמני פותח רעיון הקורבן המיוחד (Auferferung).⁶⁰⁶ על-פיו, כאשר זכות של אדם נפגעת על-ידי פעולה של רשות שלטונית, אותו אדם זכאי לפיצוי אם פעולתה של הרשות השלטונית הטילה עליו קורבן מיוחד שלא הוטל על פרטים אחרים. הבסיס לדין זה שנוי במחלוקת:⁶⁰⁷ יש המבססים דין זה על עקרונות משפט כלליים או על

600 Albert (CE 13 May 1987).

601 FAIRGRIEVE, לעיל ה"ש 595, בעמ' 138.

602 ראו שם, בעמ' 137 (compensation should be provided for those who have shouldered a disproportionately large burden or loss caused by activities pursued in the common good).

603 BROWN & BELL, לעיל ה"ש 595, בעמ' 194.

604 ראו FAIRGRIEVE, לעיל ה"ש 595, בעמ' 138 (The principles of égalité and risk are by no means mutually exclusive).

605 ראו: John Bell, *Equality in the Case-Law of the Conseil Constitutionnel*, 3 PUB. L. 426 (1987); Roger Errera, *The Scope and Meaning of No-fault Liability in French Administrative Law*, 39 CURRENT LEGAL PROBS. 157, 160 (1986).

606 ראו ברק-ארוז **עוולות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450, בעמ' 79 ("חובתה של הרשות לפצות את היחיד על פגיעה בזכויות יסוד בנסיבות שבהן לא היתה פגיעה דומה בזכויותיהם של יחידים אחרים, כלומר בנסיבות שבהן הפגיעה היתה קרוב מיוחד שהוטל עליו").

607 ראו DAMAGES FOR VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS, לעיל ה"ש 450, בעמ' 109.

המנהג; אחרים רואים בו חלק מהזכויות החוקתיות עצמן,⁶⁰⁸ ובעיקר מהזכות לקניין,⁶⁰⁹ במסגרת תפיסה של "כעין הפקעה"; ואילו אחרים גורסים כי הבסיס לדיני הקורבן המיוחד מצוי מחוץ לדיני הקניין החוקתי, וכי הם חלק מהמשפט האזרחי.⁶¹⁰ להכרה באחריות בגין הקורבן המיוחד יש ביטויים גם במשפט הקהילה האירופית.⁶¹¹

(ג) הפסיקה של בית-המשפט העליון

בפרשת **בינוי ופיתוח בנגב**⁶¹² הפנה השופט צ' ברנזון למשפט המנהלי הצרפתי, שלפיו:

"אם אזרח פלוני ניזוק על-ידי הפעלת שירות מינהלי, גם באין אשם, מופר העקרון בדבר שוויון בחלוקת הוצאות המימשל. קרבנה של הפעולה המינהלית אשר גרמה את הנזק, נדרש למעשה ליטול על עצמו נטל שאינו מוטל על אזרחים אחרים – משא המועמס עליו על-ידי פעולתו של שירות ציבורי הפועל לטובת הציבור בכללותו. במקרים כאלה, שאלו משפטנים צרפתיים, האם אין זה מחובת המדינה, אף שלא עשתה מעשה עוולה, להפעיל את עקרון השוויון ביחס להוצאות המימשל על-ידי הסרת הנטל הנוסף משכמו של הפרט שניזוק, ובלקחתו על עצמה לחלקו בין כלל האזרחים? אכן, זהו עקרון האב, אשר יותר ויותר הולך ואופף את הפסיקה של מועצת המדינה של צרפת. החוק בדבר אחריות המדינה נראה איפוא כחותר להחזיר

608 שם.

609 ראו: A.J. VAN DER WALT, CONSTITUTIONAL PROPERTY CLAUSES: A COMPARATIVE ANALYSIS 141 (1999).

610 תפיסה זו היא תפיסתו של בית-המשפט החוקתי הגרמני. ראו: BVVerfGE 58, 300 (1981). לביקורת גישה זו ראו גם: Wolfgang Rüfner, *Basic Elements of German Law on State Liability*, in: GOVERNMENTAL LIABILITY: A COMPARATIVE STUDY 249, 261 (John Bell & Anthony W. Bradley eds., 1991).

611 H.J Bronkhorst, *The Valid Legislative Act as a Cause of Liability of the Communities*, ראו: in THE ACTION FOR DAMAGES IN COMMUNITY LAW 153 (Ton Heukels & Alison Council of Europe, Committee of Ministers, McDonnell eds., 1997). ראו גם: Recommendation No. R (84) 15 ("Principles: I. Reparation should be ensured for damage caused by an act due to a failure of a public authority to conduct itself in a way which can reasonably be expected from it in law in relation to the injured person. Such a failure is presumed in case of transgression of an established legal rule. II. 1. Even if the conditions stated in Principle I are not met, reparation should be ensured if it would be manifestly unjust to allow the injured person alone to bear the damage, having regard to the following circumstances: the act is in the general interest, only one person or a limited number of persons have suffered the damage and the act was exceptional or the damage was an exceptional result of the act. 2. The application of this principle may be limited to certain categories of acts only").

612 פרשת **בינוי ופיתוח בנגב**, לעיל ה"ש 107.

לאזרחים את השוויון ביחס להוצאות המימשל בכל מקרה שבו השוויון הופר על חשבונו של פרט מיוחד. 'בהעדר אשם מצד המימשל', אמר בא־כוח המדינה במסקנותיו במשפט חשוב שבא בפני מועצת המדינה, 'יש למצוא את הבסיס לאחריות המדינה בסימן 13 להצהרה על זכויות האדם. סימן זה קבע את העקרון של שוויון האזרחים ביחס להוצאות המימשל. בפועל, אין להתיר לפעילות ציבורית, אף שהיא חוקית, לגרום ליחידים מסויימים נזק, שעליהם לשאת בו לבדם. זה ייחשב כמטיל עליהם לשאת מעל לחלקם בהוצאות המדינה. כל פעילות ציבורית מכוונת להנות את החברה כולה. הנושאת בה חייבת, על־כן, להיות החברה כולה. כתוצאה מכך, נזק פרטי שנגרם על־ידי פעילות כזאת, אשר בהפירה את האיזון שנתבקש על־ידי הצהרת הזכויות הורסת את שוויון האזרחים ביחס להוצאות המימשל, חייב להולך לשילומים. שילומים כאלה, אשר באמצעות שיטת המיסוי נעשים למעשה על־ידי הציבור כולו המאורגן במדינה, מחזירים לקדמתו את השוויון ההרוס'...⁶¹³

בהתייחסו לדברים אלה כתב השופט צ' ברנזון:

"אינני רואה מניעה חוקית, ולא־כל־שכן מניעה ציבורית, שגם אנו נפעל ברוח זו. היסוד המשפטי למתן פיצוי על התנהגות מזיקה של המימשל קיים, ועלינו למלאו תוכן ממשי ולהקים עליו, בהדרגה ובזהירות, נדבך אחרי נדבך, את הבנין החדש הזה."⁶¹⁴

גישתו זו של השופט צ' ברנזון הייתה, ללא ספק, מרחיקת־לכת, בהתבססה על "אחריות מינהלית כללית של המימשל".⁶¹⁵ גישה זו לא פותחה על־ידי בית־המשפט העליון במסגרת המשפט המקובל המנהלי שלנו. בעיית הנטל החריג עלתה בפרשת **נחום**.⁶¹⁶ העותר ארגן מופע. הוא ביקש את אישורה של המשטרה. האישור ניתן, תוך התנאותו בתנאים. בישיבה מקדימה של העותר עם מפקד מרחב דן במשטרה ציין אומנם האחרון כי סוג זה של מופע מושך קהל־יעד ההופך את המסיבה לאירוע שבו נצרכים סמים, אולם בסוף הישיבה סוכמו הצעדים המעשיים להגשמת האירוע. כעבור שבוע חזרה בה המשטרה מהסכמתה לקיום האירוע. השינוי נבע ממידע מודיעיני שלפיו האירוע אינו אלא מסיבת סמים. בית־המשפט העליון קבע כי מניעת ההיתר היא כדין, שכן היא מבוססת על קיומה של ודאות קרובה לגרימתו

613 הציטוט הוא מספרו של: BERNARD SCHWARTZ, FRENCH ADMINISTRATIVE LAW AND THE COMMON-LAW WORLD 292–293 (1954). התרגום הוא של השופט צ' ברנזון בפרשת **בינוי**

ופיתוח בנגב, לעיל ה"ש 107, בעמ' 457–458.

614 פרשת **בינוי ופיתוח בנגב**, לעיל ה"ש 107, בעמ' 458.

615 שם, בעמ' 456.

616 בג"ץ 2665/98 **נחום נ' משטרת ישראל – מפקד מרחב דן**, פ"ד נב(2) 454 (1998).

של נזק ממשי, חמור ורציני לשלום הציבור. מטעם זה נדחתה העתירה. אולם בסופו של פסק-הדין הוסיף בית-המשפט:

"הטרידה אותנו השאלה, אם העותר אינו זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו בשל השינוי בעמדת המשטרה. כידוע, מוסמך בית-משפט זה לפסוק פיצויים לעותר שניזוק שלא כדין מפעולת השלטון... אכן, הבעיה אינה של סמכות אלא של עילה. השאלה היא אם יש לעותר שלפנינו עילה כלפי מדינת ישראל לקבלת פיצויים בגין הנזק שנגרם לו. העומדת לעותר עילה מהמשפט הפרטי? העומדת לו עילה מהמשפט הציבורי? התשובה על שאלות אלה אינה פשוטה כלל ועיקר. הפסיקה והספרות בישראל עסקו בהן בעבר... המשפט המשווה הרבה לעסוק בסוגיות אלה... בעתירה שבפנינו לא ביקש העותר פיצויים על הפגיעה שנפגע מהחלטת המשיבים 1 ו-2. ממילא לא שמענו טיעונים בסוגיה זו. לא נבחנה בפנינו התנהגות המשטרה מנקודת המבט של הפיצוי. בנסיבות אלה, לא מצאנו לנכון לפסוק בסוגיה זו, תוך שמירת זכויותיו של העותר."⁶¹⁷

בעיית הנטל החריג עלתה שוב בפרשת **קיבוץ מלכיה**.⁶¹⁸ המערער הגיש תביעת נזיקין שהתבססה על רשלנותה של המדינה. לטענתו, בשל רשלנותם של עובדי המדינה נגרמו למטעי הקיבוץ נזקים בשל ענני אבק שנוצרו בפעולות הטשטוש שביצעה המשיבה (מדינת-ישראל) בשביל העובר סמוך לגדר הגבול של ישראל עם לבנון וחוצץ בין הגדר לבין המטעים. בתי-המשפט (המחוזי והעליון) קבעו כי המדינה לא התרשלה ועל-כן דין התביעה להידחות. אולם גם כאן כתב בית-המשפט העליון בסיום פסק-הדין:

"הטרידה אותנו השאלה אם העותר אינו זכאי לפיצוי על הנזק שנגרם לו כתוצאה מפעילות המשיבה גם בהיעדר רשלנות, מכוח עילה חוקתית או מינהלית... פעילות החיונית של המשיבה שכלל הציבור נהנה ממנה יוצרת – כתוצר לוואי שלה – נטל. האם על הנטל ליפול במלואו על שכמו של המערער? שאלה זו זכתה להתייחסות מקיפה, בין היתר, במשפט הגרמני המכיר בנסיבות דומות בעוולה חוקתית של מעין הפקעה (enteignungsgleicher Eingriff) ובעוולה חוקתית של הטלת נטל עודף על הפרט לטובת הציבור (Aufopferung)... סוגיה זו הוכרה גם במשפט הצרפתי במסגרתן של עוולות מינהליות המטילות אחריות על רשות מינהלית היוצרת בפעילותה סיכון שמתפזר באופן לא שוויוני בין אזרחיה... בערעור שבפנינו לא ביקש המערער סעד המבוסס על המשפט המינהלי והחוקתי. ממילא לא שמענו טיעונים בנושא זה. אף לא הונחה בפנינו תשתית עובדתית המאפשרת בחינתה של טענה זו. אכן, מתחילת המשפט לא

617 שם, בעמ' 460–461 (הנשיא א' ברק).

618 ע"א 6296/00 **קיבוץ מלכיה נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט(1) 16 (2004).

נבחנה התנהגות המשיבה בפנינו במסגרת נורמטיבית שאינה עוולת הרשלנות.

בנסיבות אלה לא מצאנו לנכון לפסוק בסוגיה זו.⁶¹⁹

בפרשת **פז חברת נפט**⁶²⁰ נבחנה תביעת פיצויים של המערערת, אשר ניהלה תחנת דלק הממוקמת ליד צומת. לצורך עבודות שיפוץ נחסם כביש הגישה המחבר בין התחנה לצומת. במקביל נסלל כביש עוקף שאפשר גישה לתחנה, אולם כתוצאה מחסימת כביש הגישה הראשי ירד באופן משמעותי מספר כלי-הרכב שפקדו את התחנה, דבר שגרם לבעליה נזקים כספיים. תביעתה נגד המדינה נדחתה. נקבע, בין היתר, שהמדינה לא התרשלה. אמת, עבודות פיתוח תשתיות, ובכלל זה עבודות סלילה של כבישים, גורמות לפגיעה בעסקים בקרבת מקום. אולם בהעדר רשלנות אין מקום לפיצויים. בהקשר זה הוסיף השופט א' ריבלין:

"עשויה להתעורר שאלת הזכאות ל'פיצויים מנהליים'... ואולם שאלות אלו אינן מצריכות ירידה לעומקן במקרה זה, זאת בהתחשב בקביעותיו של בית המשפט המחוזי, המקובלות עלינו.⁶²¹

פסק-הדין הבא בהתפתחות הלכתית זו הוא פרשת **ישועה**⁶²². בערעור זה נידונה תביעתם של בעלי עסקים לפיצוי נוסף על הפיצוי שקיבלו לפי חוק יישום ההתנתקות. המערערים טענו כי עומדת להם עילת תביעה לסעד חוקתי בגין הפגיעה בזכות הקניין שלהם, וזאת אף-על-פי שלא דבק כל אשם בהתנהלותה של המדינה. בהציגה את השאלה שעל הפרק ציינה המשנה לנשיא מ' נאור כי "השאלה המרכזית העומדת להכרעתנו היא אם יש מקום בנסיבות להכיר – במסגרת פיתוח פסיקתי – בזכותם של המערערים לסעד חוקתי עצמאי מקום שבו נפגעו זכויותיהם כתוצאה מפעולה שלטונית תקינה... בענייננו לא הועלתה טענה שלפיה ליישום תוכנית ההתנתקות נלווה אשם, קרי התנהלות בלתי סבירה או בלתי חוקית של הרשויות. משכך, גם בהנחה שניתן להכיר בעילת תביעה עצמאית עקב פגיעה בזכות חוקתית, מתעוררת בענייננו השאלה אם ניתן לעשות כן בנסיבות שבהן התנהלותה של הרשות שהובילה לפגיעה הייתה **כדין**".⁶²³ בתשובה לשאלות אלה כתבה המשנה לנשיא מ' נאור:

"כשלעצמי מוכנה אני להניח כי נסיבות מיוחדות, כדוגמת מעשה שלטוני, הגם שלא נלווה לו אשם, המטיל נטל בלתי מידתי על פרט מסוים, עשויות להצדיק

619 שם, בעמ' 23 (הנשיא א' ברק).

620 ע"א 3464/05 **פז חברת נפט בע"מ נ' מדינת ישראל, משרד התחבורה, מחלקת עבודות ציבוריות** (פורסם בנבו, 12.7.2006).

621 שם, פס' 9 לפסק-דינו של השופט א' ריבלין.

622 פרשת **ישועה**, לעיל ה"ש 92.

623 שם, פס' 19 ו-22 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור (ההדגשה במקור).

מתן פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית. כמו כן, דומה כי על-מנת להצדיק הטלת אחריות מסוג זה, נדרשת פגיעה חמורה ומשמעותית בזכות חוקתית של הפרט.⁶²⁴

עם זאת, נפסק כי "בערעורים שלפנינו אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה שהצגנו".⁶²⁵ הטעם לכך הוא זה: אין להכיר בעילה לסעד חוקתי בלא אשם אם קיים סעד אפקטיבי בדין מיוחד. "כאשר הסדר חקיקתי מקנה פיצוי לפרט בגין הפגיעה בזכויותיו, יש לנקוט משנה זהירות בשאלה אם יש מקום להכיר בעילת תביעה נוספת, הנובעת ישירות מהפגיעה בזכות החוקתית".⁶²⁶ לדעת המשנה לנשיא מ' נאור, "כאשר ההסדר החקיקתי – על פי פרשנותו ויישומו – קובע מנגנון פיצוי הוגן ושלם, יש קושי רב ביצירת עוולה חוקתית חיצונית לו. משמעות הדבר עלולה להיות הפרת האיזון שנקבע על-ידי המחוקק, באופן שיוביל להרתעת יתר של הרשויות השלטוניות מפני ביצוע פעולות לטובת הכלל".⁶²⁷

(ד) הבסיס לתשלום פיצויים בגין נטל חריג

המסקנה העולה מפסיקתו של בית-המשפט העליון היא כי בשאלת הפיצוי בגין פעולה שלטונית המטילה נטל חריג על הנפגע טרם נפלה הכרעה. נטייתם של שופטים אחדים הייתה להכיר בקיומה של עילת תביעה לסעד חוקתי זה, ובלבד שאין הסדר מיוחד של הסוגיה בחקיקה. אולם גם על-פי השקפה זו לא התבהר הבסיס לעילת תביעה זו ולהיקפה. לבחינתן של שאלות אלה נפנה עתה.

(1) מהי עילת התביעה לתשלום פיצויים בגין נטל חריג?

בפרשת **ישועה** ציינה המשנה לנשיא מ' נאור כי השאלה אם להכיר בעילת תביעה לפיצויים במצבים של נטל חריג –

"...היא שאלה מורכבת, המערבת מצד אחד שיקולים כדוגמת מעמדן של זכויות חוקתיות והיקף ההגנה עליהן, צדק חלוקתי וחלוקה שוויונית של הנטל הציבורי על פרטים בחברה; ומהצד האחר, חשש כי מתן פיצוי מסוג זה יוביל להרתעת יתר מפני ביצוע פעולות שלטוניות המיטיבות עם כלל הציבור. נוסף על כך, סוגיה זו מעלה שאלות כדוגמת עצמת הנזק הנדרשת על-מנת להקנות זכות לפיצוי; היקף שיעור הפיצוי; השלכות חלופי הזמן על הזכות לפיצוי, ועוד... כן

624 שם, פס' 26 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

625 שם, פס' 27 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

626 שם, פס' 28 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

627 שם.

עולה השאלה אם מן הראוי להותיר שאלות אלה בידי המחוקק או לאפשר את פיתוחן בפסיקה.⁶²⁸

חרף קשיים אלה ציינה המשנה לנשיא מ' נאור כי "כשלעצמי מוכנה אני להניח כי נסיבות מיוחדות, כדוגמת מעשה שלטוני, הגם שלא נלווה לו אשם, המטיל נטל בלתי מידתי על פרט מסוים, עשויות להצדיק מתן פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית".⁶²⁹ השאלה המתעוררת בהקשר זה היא מהו הבסיס לעילת תביעה זו בכל הנוגע בפגיעה בזכות חוקתית? עמדנו על הצורך בקיומה של עילת תביעה לתשלום פיצויים במשפט המקובל הציבורי מקום שזכות חוקתית נפגעת מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.⁶³⁰ האם עילת תביעה זו חלה גם בענייננו?

(2) המודל של רונן פוליאק

במחקר חשוב העלה ר' פוליאק את השאלה "אם יש הצדקה לפיצוי הפרט בנסיבות שבהן פגעה בו רשות שלטונית כדין".⁶³¹ תשובתו היא בחיוב:

"פגיעה שלטונית בפרט, גם אם היא מוצדקת, עדיין עשויה לחייב פיצוי כאשר היא מטילה על הפרט נטל חריג. כאשר מוטל על הפרט נטל חריג, קמה לו זכות לפיצוי. ההצדקה הרעיונית – אותה אכנה 'עקרון השוויון בנטלים' – מטילה על הרשות השלטונית חובה להצדיק לא רק את פעולתה אלא גם את התוצאה שלה אשר מקימה פגיעה נוספת במה שאכנה 'אינטרס מוגן נלווה' של הפרט לכל פגיעה בזכות חוקתית. אינטרס נלווה זה מקורו בעקרון השוויון בנטלים החברתיים כעקרון יסודי חוקתי הרובץ על כל זכות חוקתית. כאשר קיים נטל חריג כזה, יש לפרט זכות להפחתת הנטל לכדי רמה סבירה, שאין בה פגיעה בעקרון השוויון בנטלים. הפחתת הנטל יכולה להתבצע באמצעים שונים, שהעיקרי שבהם הוא הפיצוי. לגישתי ניתן לפגוע בזכות לפיצוי – ולהימנע מפיצוי – ככל שהימנעות מפיצוי היא מידתית".⁶³²

על-פי גישתו של פוליאק – החלה הן בגדרי המשפט המנהלי והן בגדרי המשפט החוקתי – הפיצוי בגין נטל חריג הוא פיצוי בגין פעולה כדין. הוא אינו סעד חוקתי. "הפיצוי לא ניתן כסעד בגדרי השלב השלישי של הביקורת השיפוטית כיוון ששלב זה מחייב קביעה בדבר הפרה של זכות חוקתית או אינטרס מוגן של הפרט (פגיעה שלא כדין)".⁶³³ מטרת הפיצוי בגין נטל חריג היא "להביא את הנטל המוטל על הפרט,

628 שם, פס' 26 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

629 שם.

630 ראו לעיל בעמ' 399–400.

631 פוליאק **פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות**, לעיל ה"ש 450, בעמ' 19.

632 שם.

633 שם, בעמ' 23.

כתוצאה מן הפעולה השלטונית שהיא כדין, לרמה סבירה או ממוצעת.⁶³⁴ על-פי גישה זו, "יש הצדקה להכרה באינטרס מוגן חדש במסגרת ההיקף של הזכות החוקתית באופן שיצדיק חובת פיצוי גם כאשר הפגיעה בזכות החוקתית היא על פניה כדין. אינטרס מוגן חדש זה הוא אינטרס מוגן שנלווה לכל פגיעה כדין בפרט, שנעשית בנסיבות המטילות על הפרט נטל חריג".⁶³⁵ הפיצוי בגין נטל חריג עשוי להיקבע על-ידי המחוקק. אולם בהעדר חקיקה על בית-המשפט להכיר בו ברמה העקרונית, והמימוש יופקד בידי הרשות המבצעת בכפוף לביקורת שיפוטית.

(3) פיצוי בגין נטל חריג כחלק מעילת התביעה לפיצויים במשפט המקובל הציבורי פרשת **ישועה** מבוססת על ההנחה כי "נסיבות מיוחדות, כדוגמת מעשה שלטוני, הגם שלא נלווה לו אשם, המטיל נטל בלתי מידתי על פרט מסוים, עשויות להצדיק מתן פיצוי בגין פגיעה בזכות חוקתית".⁶³⁶ זו גם גישתו של פוליאק.⁶³⁷ גם נקודת המוצא שלנו היא כי אין זה ראוי להטיל על פרט נטל חריג כדי להגשים פעולה ראויה לטובת הציבור. "כאשר הפעולה המינהלית, הנעשית לטובת הכלל, גורמת לפגיעה בפרט, נזקו של הפרט צריך להתחלק, מכוח עקרון השוויון, בין כלל האזרחים..."⁶³⁸ "יש להכיר באפשרות של תביעה נגד רשויות (מכוח עילה מן המשפט הציבורי) גם במקרה שבו התנהגותן הייתה ראויה – כאשר פעילות רצויה, כשלעצמה, הטילה נטל מיוחד על פרט מסוים או פרטים מסוימים. בנסיבות אלה המטרה העומדת ביסוד האחריות אינה הרתעה של הרשות והכוונתה לאורח פעולה שונה בעתיד, כי אם הימנעות מחלוקה לא-שוויונית של הנטלים החברתיים".⁶³⁹

על-פי גישתנו, תרגומן של תפיסות-היסוד בדבר הנטל החריג חייב לעבור את תהליך שלושת השלבים של הבחינה החוקתית. בשלב הראשון נבחנת השאלה אם זכות חוקתית נפגעה. על-פי הגישה המקובלת, כל גריעה מהיקף הזכות מהווה פגיעה בה,⁶⁴⁰ למעט פגיעה של "מה בכך".⁶⁴¹ פגיעה בזכות חוקתית מתרחשת בין שהרשות פעלה כדין ובין שהיא פעלה לא כדין; בין שהרשות השלטונית התרשלה ובין שהיא פעלה ללא התרשלות.⁶⁴² זכותו החוקתית של אדם נפגעת בין שהפגיעה מטילה עליו נטל רגיל ובין

634 שם, בעמ' 22.

635 שם.

636 פרשת **ישועה**, לעיל ה"ש 92, פס' 26 לפסק-דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

637 ראו לעיל בעמ' 408–409.

638 דותן "עילות תביעה ציבוריות ופיצויים ללא אשם", לעיל ה"ש 449, בעמ' 106.

639 דפנה ברק-ארז "עוולות חוקתיות בעידן חוקי היסוד" **משפט וממשל** ט 103, 117–118 (2005).

640 ראו: GERHARD VAN DER SCHYFF, LIMITATION OF RIGHTS: A STUDY OF THE EUROPEAN

CONVENTION AND THE SOUTH AFRICAN BILL OF RIGHTS 41 (2005); רע"א 3145/99 **בנק**

לאומי לישראל בע"מ נ' חזן, פ"ד נז(5) 385, 389 (2003); ע"א 2281/06 **אבן זוהר נ' מדינת ישראל**,

פס' 45 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר (פורסם בנבו, 28.4.2010).

641 ראו פרשת **בנק המזרחי המאוחד**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 431 (הנשיא א' ברק).

642 ראו לעיל בעמ' 390.

שהיא מטילה עליו נטל חריג. כל נטל שאינו של "מה בכך" מהווה פגיעה, תהא הזכות אשר תהא. מידת חריגותו של הנטל רלוונטית לעניין הצידוק לפגיעה בזכות החוקתית, ולא לעניין עצם התרחשותה של הפגיעה. על-כן בדוגמה של עובר-האורח⁶⁴³ נפגעו הן זכותו של עובר-האורח והן זכותו של העבריין הנמלט, ואילו בדוגמה של החיסון⁶⁴⁴ נפגעה זכותו של כל אדם שחייב לקבל חיסון, ובוודאי נפגעה הזכות לחיים של מי שמת בעקבות החיסון.

לעיתים הנטל החריג פוגע גם בזכות לכבוד האדם, שכן גם זכות-הבת לשוויון נפגעת. במצב דברים זה עומדת לנפגע מהנטל החריג טענת פגיעה בשתי זכויות: **האחת**, הזכות ה"רגילה" הנפגעת (כגון הזכות לחיים, לגוף, לקניין, לחירות, לפרטיות או זכות-בת כלשהי של כבוד האדם, כגון הזכות לבריאות, לחינוך, למשפחה, לעבודה או להליך הוגן); **והאחרת**, הזכות לכבוד האדם, שממנה נגזרת זכות-הבת לשוויון. הפגיעה בזכות הראשונה מתקיימת בין שמוטל על אדם נטל רגיל ובין שמוטל עליו נטל חריג. הפגיעה בזכות השנייה מתקיימת רק אם על בעל הזכות הוטל נטל חריג הפוגע בעקרון שוויון הנטלים, ורק אם פגיעה בעקרון שוויון הנטלים מהווה גם פגיעה בזכות-הבת החוקתית לשוויון.

האם פגיעה בעקרון שוויון הנטלים מהווה גם פגיעה בזכות-הבת החוקתית לשוויון? התשובה היא שלעיתים הפגיעה בעקרון שוויון הנטלים מהווה גם פגיעה בזכות החוקתית לשוויון כזכות-בת של כבוד האדם. עם זאת, היקפה של הזכות החוקתית לשוויון בישראל, כזכות-בת של הזכות לכבוד האדם, טרם התבהר.⁶⁴⁵ הגישה המקובלת היא כי "זכות החוקתית לכבוד האדם, נכללים... אותם היבטים של השוויון, המבטיחים את ההגנה על כבוד האדם מפני פגיעה, והקשורים אליו קשר הדוק. כבוד האדם משתרע על אותם מצבים שבהם הפגיעה בשוויון קשורה קשר בל יינתק לכבוד של האדם ולפגיעה בו".⁶⁴⁶ "לא כל פגיעה בשוויון מהווה בהכרח פגיעה בכבוד. פגיעה בשוויון הנחשבת פגיעה בכבוד מתפרשת לא רק על פגיעות נפשיות, השפלה או השמצה הפוגעות בגרעין הקשה של כבוד האדם, אלא גם על גילויים של הפליה שאין עימה בהכרח השפלה, ובלבד שהיא קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק...".⁶⁴⁷ "התפתחות הזכות לשוויון כחלק מן הזכות לכבוד האדם במשפטנו מחייבת בחינה בכל עניין ועניין האם לפנינו פגיעה בשוויון שהיא גם פגיעה בכבוד האדם."⁶⁴⁸ דומה כי הכל

643 ראו לעיל בעמ' 400.

644 ראו שם.

645 ראו ברק **כבוד האדם**, לעיל ה"ש 4, בעמ' 691.

646 בג"ץ 10203/03 **"המפקד הלאומי בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סב(4) 715, 875 (2008) (השופטת א' פרוקצ'יה).

647 בג"ץ 6304/09 **לה"ב – לשכת ארגוני העצמאים והעסקים בישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פס' 76 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 2.9.2010). ראו גם בג"ץ 6784/06 **שליטנר נ' הממונה על תשלום גמלאות**, פ"ד סד(2) 581, פס' 48 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (2011).

648 פרשת **נסר**, לעיל ה"ש 302, פס' 45 לפסק-דינה של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש.

מסכימים שהפליה גנרית – כגון הפליה על בסיס מין, נטייה מינית, צבע עור, גזע – פוגעת בזכות החוקתית לכבוד האדם.⁶⁴⁹ אולם לדעתנו, אופייה הגנרי של ההפליה אינו ממצה את מלוא הקשר שבין זכות-הבת לשוויון לבין זכות-האם לכבוד האדם. אכן, הפגיעה בשוויון והפגיעה בכבוד האדם גם-יחד הן לעיתים תלויות-מצב, ולא תלויות-סוג. כבוד האדם והשוויון מגינים על האדם במגוון מצבים. הם משקפים את חיי האדם כאדם, ולא את חייה של הקבוצה כקבוצה. על רקע זה יהיו בוודאי מקרים שבהם הטלת נטל חריג על אדם תהווה פגיעה בזכות החוקתית לשוויון גם בלא השתייכות של אותו אדם לקבוצה גנרית כזו או אחרת. דומה שאנו מצויים בעניין זה אך בתחילת הדרך. מכל מקום, גם אם במקרה נתון אין פגיעה בזכות-הבת לשוויון, עשויה עדיין להתקיים פגיעה בזכות-בת אחרת של כבוד האדם (כגון הזכות לבריאות, לחינוך או למשפחה) או בזכות עצמאית הקבוצה בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם (כגון הזכות לחיים, לגוף, לחירות, לקניין, לחופש התנועה, לפרטיות ולחופש העיסוק).

בשלב השני נבחנת השאלה אם יש צידוק לפגיעה. צידוק כזה קיים אם הפגיעה מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. הנחתנו היא כי אילו הטילה הנורמה הפוגעת אך נטל רגיל, כ-אז היה נטל זה מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה. בדוגמת עובר-האורח אנו מניחים כי לפגיעה בעברייני הנמלט יש צידוק, כלומר, שהיא מקיימת את תנאיה של פסקת ההגבלה. באופן דומה, בדוגמת החיסון אנו מניחים כי אילו פגעה הנורמה רק בחופש הרצון של כל פרט מקרב בני האוכלוסייה הכללית, אזי היה לפגיעה רגילה זו צידוק. השאלה שאנו ניצבים בפניה היא אם יש צידוק לפגיעה הגורמת לנטל חריג, אילו עסקה הנורמה הפוגעת גם בו,⁶⁵⁰ ומה הרלוונטיות של צידוק זה.

הנטל החריג מתאפיין בכך שהוא נובע מסיכון מיוחד "בהשוואה לסיכונים השגרתיים הנובעים מהפעילות השלטונית"⁶⁵¹ – סיכון אשר "מוטל רובו ככולו על קבוצה קטנה בציבור".⁶⁵² סיכון זה יוצר נזק בעל עוצמה חריגה בהשוואה (אופקית) לנזקיהם של פרטים אחרים, באופן שמצביע על "הקרבתו" של הפרט לטובת הכלל.⁶⁵³ בצדק מציין פוליאק כי הנטל החריג "תלוי בהערכת הנטל שהוטל על הפרט כתוצאה מההחלטה השלטונית, למול הנטל שהוטל על שאר חלקי החברה".⁶⁵⁴ הנטל החריג הוא אותו נטל "אשר חורג מ'מתחם הנטל הסביר' שניתן לצפות מאדם לשאת בו, במהלך העניינים הרגילים לשם קידומו של אינטרס ציבורי או זכות חוקתית של פרטים אחרים".⁶⁵⁵ הגורסים כי יש מקום לפיצוי בגין הנטל החריג סבורים כי בעוד יש צידוק לפגיעה בזכות החוקתית כאשר הנפגע נושא בנטל רגיל, אין צידוק לפגיעה בזכותו החוקתית של

649 ראו ברק כבוד האדם, לעיל ה"ש 4, בעמ' 703.

650 ראו ברק מידתיות במשפט, לעיל ה"ש 1, בעמ' 451, וכן: ROBERT ALEX, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 50, 54 (Julian Rivers trans., 2002).

651 פוליאק פיצוי בגין פגיעה בזכויות חוקתיות, לעיל ה"ש 450, בעמ' 37.

652 שם, בעמ' 38.

653 שם, בעמ' 41.

654 שם, בעמ' 42.

655 שם, בעמ' 57.

מי שנושא בנטל חריג. על-פי גישה זו, החוק כמכלול אינו צולח את תנאיה של פסקת ההגבלה. ההסדר החוקתי הוא אחד, ופרשנותו היא כי הוא חל על כל פגיעה בזכות החוקתית, בין פגיעה המטילה נטל רגיל ובין פגיעה המטילה נטל חריג. אי-אפשר בשלב זה של הבחינה החוקתית לתת סעד המשקף הבחנה זו. אי-אפשר בשלב זה של בחינת תנאיה של פסקת ההגבלה להפריד בין החלק של החוק שאינו מקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה לבין החלק שמקיימם. הפרדה כזאת אפשרית רק בשלב הסעדים החוקתיים (סעד חוקתי של הפרדה⁶⁵⁶). כמו-כן אי-אפשר בשלב זה לקרוא לתוך החוק הוראה בדבר פיצויים בגין הנזק שהנטל החריג גורם. קריאה כזו לתוך החוק אפשרית רק בשלב הסעדים החוקתיים (סעד חוקתי של קריאה לתוך החוק⁶⁵⁷).

בשלב השלישי נבחן הסעד החוקתי של הנפגע. בכך נפתחת בחינה משולשת של הפגיעה בזכות החוקתית לסעד חוקתי.⁶⁵⁸ תחילתה של בחינה זו בסעד שהנפגע זכאי לו (בין הנפגע שנושא בנטל רגיל ובין זה שנושא בנטל חריג) – סעד זה חייב להיות אפקטיבי, לאשש את חוקי-היסוד ולהרתיע מפני פגיעה בהם.⁶⁵⁹ בשלב השני נבחנת השאלה אם יש צידוק להגביל את הסעד החוקתי. אנו מניחים כי לעניין כל אלה הנושאים בנטל רגיל ההסדר בדין הקיים הוא מידתי. ההכרעה הניצבת לפנינו היא אם יש צידוק לא להעניק סעד חוקתי של פיצויים למי שנושא בנטל חריג. התשובה לשאלה זו מצויה בפסקת ההגבלה.⁶⁶⁰ דומה שמרכיב התכלית הראויה מתקיים בפגיעה בבעל הנטל החריג, שכן התכלית היא הגנה על הציבור כולו. גם הקשר הרציונלי מתקיים בענייננו. הוא הדין במרכיב הצורך. אנו מניחים, למשל, כי בדוגמה של עובר-האורח⁶⁶¹ לא נמצאה חלופה הפוגעת פחות בעברייני ובעובר-האורח גם-יחד; ולעניין החיסון⁶⁶² אנו מניחים שכל הבדיקות הדרושות נעשו הן לעניין הנפגע הרגיל והן לעניין הנפגע הנושא בנטל חריג. מתעוררת כמובן השאלה מדוע לא נקבע פיצוי מיוחד לנפגע הנושא בנטל חריג, אולם מקומה של שאלה זו אינו בשלב הצורך, אלא בשלב האיזון.

המרכיב הרביעי הוא מרכיב האיזון.⁶⁶³ השאלה היא אם קיים איזון ראוי בין התועלת החברתית השולית במימוש התכלית הראויה לבין התועלת החברתית השולית במניעת פגיעה בזכות החוקתית.⁶⁶⁴ אנו מניחים כי איזון ראוי קיים לעניין הפגיעה ה"רגילה" – זו שאינה מטילה נטל חריג. אולם האם איזון ראוי קיים גם לעניין הנטל החריג שהוטל על בעל הזכות החוקתית? את הצידוק לאיזון שנעשה יש לבחון לעניין כל פגיעה ופגיעה. מידתיותה (במובן הצר) של פגיעה בזכות החוקתית של פלוני אינה מבטיחה שהפגיעה

656 ראו לעיל בעמ' 350.

657 ראו לעיל בעמ' 353.

658 ראו לעיל בעמ' 334–339.

659 ראו לעיל בעמ' 321–325.

660 ראו לעיל בעמ' 334–339.

661 ראו לעיל בעמ' 400.

662 ראו שם.

663 ראו לעיל בעמ' 338–339.

664 ראו שם.

באותה זכות של אלמוני תהא גם היא מידתית (במובן הצר). האיזון מתחשב בנסיבות הפרטניות.⁶⁶⁵ עם זאת, האיזון מביא בחשבון גם את המכלול. שאלת האיזון אינה מניחה חקיקה המוגבלת אך לנטל החריג. האיזון מניח חקיקה כוללת, הקובעת פגיעות "רגילות" וכן פגיעות מיוחדות בעניין הנטל החריג. השאלה היא האיזון והמידתיות של המקרה המיוחד במסגרת המכלול כולו.

נפנה למקרה של עובר-האורח. הצידוק לירי כלפי העבריין הנמלט מבוסס על כך שהתועלת החברתית השולית שבמניעת פגיעה בבטחון הציבור ובשלומם עולה על התועלת החברתית השולית שבמניעת פגיעה בעבריין הנמלט. אך מהו הצידוק להטיל על עובר-אורח את הנטל החריג של פגיעה בו? מקובל עלינו שמן ההיבט של שלום הציבור ובטחונו, האיזון הראוי מצדיק הכרה בסמכות השוטר לירות כלפי העבריין הנמלט גם אם גלום בכך סיכון לפגיעה בעובר-אורח. אך מהו הצידוק לא להטיל על המדינה את חובת תשלום הפיצויים הנדרשים לעובר-האורח לשם שיקומו האישי? מהו הצידוק לכך שרק עובר-האורח יישא בסיכון הגלום בירי של השוטר? לדעתנו, אין צידוק לכך. מסקנתנו היא אפוא כי בכל הנוגע בירי בעובר-האורח הנורמה הכללית המאפשרת ירי כדי לתפוס עבריין נמלט מבלי לקבוע הסדר מיוחד למי שנושא בנטל החריג אינה מידתית, ויש לעבור לשלב השלישי בניתוח החוקתי, הוא שלב הסעדים.

ניתוח דומה יש לעשות לעניין החיסון. הצידוק לחיסון מבוסס על כך שהתועלת החברתית השולית שבהבטחת בריאות הציבור באמצעות החיסון עולה על התועלת החברתית השולית שבמניעת פגיעה בגופם וברצונם של המתנגדים לכך, ואף על התועלת החברתית השולית שבמניעת הטלת נטל חריג של פגיעה באותם מעטים וחריגים שהחיסון מזיק להם. מקובל עלינו שמן ההיבט של בריאות הציבור, האיזון הראוי מצדיק חיסון כפוי. אך מהו הצידוק לא לפצות את החריגים ויוצאי-הדופן שהחיסון פגע בבריאותם? לדעתנו, אין צידוק לכך. על-כן החוק המחייב חיסון פוגע באופן לא-מידתי בזכותם החוקתית של אלה שעליהם הוא מטיל נטל חריג ולא-שוויוני. במצב דברים זה יש לקבוע כי בשל הנטל החריג והלא-שוויוני הוראת החוק בעניין החיסון אינה מידתית. הגענו למסקנה כי זכותו החוקתית של הנושא בנטל רגיל נפגעה אך לפגיעה זו יש צידוק, ואילו זכותו החוקתית של הנושא בנטל חריג נפגעה ולפגיעה זו אין צידוק. מסקנה זו מעלה כסעד חוקתי ראשוני את ההכרזה על אי-חוקתיותו של החוק כולו ואת ההכרזה על בטלותו. אולם הכרזת הבטלות היא לרוב סעד לא-ראוי במצבים של נטל חריג, שכן הנושא בנטל החריג מבקש פיצוי על נזקו. ביטולו של החוק אין בו כדי לפצותו. מהו הסעד החוקתי הראוי מעבר להכרזה על אי-חוקתיותו של ההסדר המשפטי הקיים?

הפרדה (פיזית)⁶⁶⁶ בין חלקי החוק אינה באה בחשבון לרוב. הפרדה (מושגית)⁶⁶⁷ תוביל למסקנה כי החוק חל רק על נפגעים הנושאים בנטל רגיל. אין בכך פתרון לבעייתם

665 ראו ברק **מידתיות במשפט**, לעיל ה"ש 1, בעמ' 451, וכן ALEXI, לעיל ה"ש 650, בעמ' 50 ו-54.

666 ראו לעיל בעמ' 350–351.

667 ראו לעיל בעמ' 351–353.

של הנושאים בנטל חריג. לעיתים קריאה לתוך החוק⁶⁶⁸ של הוראה בעניין פיצוי בגין הנטל החריג תפתור את שאלת הסעד. עם זאת, לסעד חוקתי זה של קריאה לתוך החוק נקבעו כמה תנאים, אשר ללא התקיימותם אין מקום לסעד חוקתי זה.⁶⁶⁹ ניתן כמובן להעלות את האפשרות של הנחיה שיפוטית למחוקק להוסיף הוראה בעניין פיצוי הנפגע הנושא בנטל חריג.⁶⁷⁰ לדעתנו, הסעד החוקתי הראוי הוא מתן פיצויים במסגרת עילת התביעה לפיצויים במשפט הציבורי. עילה זו מתאימה היטב למתן פיצויים לנפגע הנושא בנטל חריג.

הפיצוי בגין הנטל החריג אינו פיצוי בגין פעולה כדין. זהו פיצוי חוקתי בגין פעולה לא כדין כלפי נפגע הנושא בנטל חריג. הפעולה אינה כדין שכן היא פוגעת בזכות חוקתית של הנושא בנטל החריג מבלי שיש צידוק לכך. בהעדר צידוק, הנפגע זכאי לסעד חוקתי. סעד זה עשוי להיות, בסופו של תהליך הבדיקה, הכרזה על בטלותה של החקיקה שגרמה לנטל החריג. בכך יאוששו חוקי-היסוד ויירתע הפוגע בהם בעתיד. עם זאת, אין זה הסעד הראוי. דיני הסעדים החוקתיים רגישים דיים לכל זכות חוקתית שנפגעה, ויש בכוחם להביא לידי כך שהנפגע הנושא בנטל רגיל לא ייפגע, ואילו הנפגע הנושא בנטל חריג יקבל פיצוי על פגיעתו החריגה במסגרת עילת התביעה ההלכתית לפיצויים בגדרי המשפט הציבורי.

פרק ט: סעד חוקתי של השבה

1. המסגרת הנורמטיבית

(א) השבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט

נקודת המוצא שלנו היא שחקיקה הטילה על אדם חובת תשלום של מס או אגרה לרשות שלטונית, ובית-משפט פסק כי חקיקה זו אינה חוקתית. על רקע פסיקה זו מתעוררת השאלה אם על הרשות השלטונית מוטלת החובה להשיב את כספי המס או האגרה שנגבו על-פי החוק בטרם נפסק כי הוא אינו חוקתי.⁶⁷¹ מובן שהתשובה היא חיובית אם קיימת הוראה מיוחדת – בחוק או בחקיקה – כי יש להשיב את הכספים. אולם מה הדין

668 ראו לעיל בעמ' 353–355.

669 ראו שם.

670 ראו לעיל בעמ' 357–358.

671 Frédéric Bachand, *Restitution of Unlawfully Levied Taxes: A Survey and Comparative Analysis of Developments in Canada, Australia, and England*, 38 ALTA. L. REV. 960 (2001); Steve Hedley, *Unjust Enrichment: A Middle Course?*, 2 OXFORD U. COMMW. L.J. 181 (2002).

אם אין הוראה מיוחדת בעניין זה? התשובה לשאלה זו קשה היא.⁶⁷² בשלוש פרשות חשובות⁶⁷³ קבע בית-המשפט העליון כי מקום שנגבה מס או אגרה מכוח חקיקה שהוחלט כי היא אינה חוקתית, מוטלת על הרשות השלטונית חובת השבה. בית-המשפט סייג את הלכתו זו בקביעה כי תעמוד לרשות השלטונית טענה של "הגנת תקציב". מהו הבסיס המשפטי להלכה זו? על שאלה זו השיב בית-המשפט העליון כי עילת ההשבה מעוגנת בסעיף 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979, שעל-פיו:

"(א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן – הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן – המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכייה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שווייה.
(ב) אחת היא אם באה הזכייה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת."

בית-המשפט הוסיף וקבע כי "הגנת התקציב" מעוגנת אף היא באותו חוק, שכן לפי סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט:

"בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת."

על-פי גישתו של בית-המשפט, הוראת סעיף 2 האמור בעניין "פטור מהשבה" כוללת בחובה גם פטור מחובת השבה בנסיבות של שיקולי תקציב.⁶⁷⁴ על-פי פטור זה, הרשות השלטונית לא תהא חייבת בהשבה של כספים שנגבו על-פי חוק מס שבוטל אם היא תוכיח – ונטל ההוכחה מונח על כתפיה – "כי חיובה בהשבה יפגע בתקציבה באופן משמעותי וכי לא קיימות חלופות מעשיות וראויות לצמצום הפגיעה".⁶⁷⁵ בהצדיק גישה זו קבע הנשיא א' גרוניס:

"לטעמי, מדובר באיזון ראוי בין הצורך להימנע מפגיעה כלכלית חמורה ברשות, בעקבות חיובה בהשבה באופן בלתי מבוקר, לבין הצורך להבטיח כי הגנה זו לא

672 ראו פרשת **זנברג**, לעיל ה"ש 54, בעמ' 820 ("מה דינם של מסים שנגבו בחריגה מסמכות, היא שאלה קשה") (הנשיא א' ברק).

673 ראו פרשת **רשות העתיקות**, לעיל ה"ש 248; פרשת **שרותי בריאות כללית** (ערעור אזרחי), לעיל ה"ש 248, ופרשת **שירותי בריאות כללית** (דיון נוסף), לעיל ה"ש 248.

674 ראו פרשת **רשות העתיקות**, לעיל ה"ש 248, בעמ' 588; פרשת **שרותי בריאות כללית** (ערעור אזרחי), לעיל ה"ש 248, ופרשת **שירותי בריאות כללית** (דיון נוסף), לעיל ה"ש 248.

675 פרשת **שירותי בריאות כללית** (דיון נוסף), לעיל ה"ש 248, פס' 48 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס.

תנוצל לרעה ותחול רק במקרים בהם הדבר אכן נדרש, וכשהחשש לפגיעה ברשות הוא ממשי וכבד.⁶⁷⁶

לעניין הגנת התקציב הוסיף הנשיא א' גרוניס וציין:

"עצם הוכחת הגנת התקציב עדיין אינה מבטיחה כי המתעשר אכן יופטר מחובתו להשיב את הכספים בהם זכה שלא כדין. במסגרת זו, יש לייחס, לטעמי, משקל מיוחד לעוצמת הפגיעה בשלטון החוק הכרוכה בגבייה בלא סמכות וכן להתנהגות הצדדים, ובמיוחד התנהגות הרשות..."⁶⁷⁷

הנשיא א' גרוניס הוסיף כי הגנת התקציב אינה בהכרח הגנה מוחלטת מפני השבה. "אין מדובר בהגנה של 'הכל או לא כלום'".⁶⁷⁸ על-פי גישתו של בית-המשפט העליון, הזכות להשבה מעוגנת במשפט הפרטי.⁶⁷⁹ אין היא מהווה סעד חוקתי.⁶⁸⁰ על-כן חוק מיוחד הקובע כי ההשבה נשללת אינו מעורר כל בעיה חוקתית. כשם שחוק עשיית עושר ולא במשפט הטיל על הרשות השלטונית חובת השבה, כך חוק מאוחר ומיוחד יכול לבטל חובת השבה זו. לדעתנו, בצד הזכות להשבה המעוגנת בחוק עשיית עושר ולא במשפט יש להכיר בזכות להשבה שתעוגן במשפט הציבורי עצמו.⁶⁸¹ זכות השבה כזו תהווה סעד חוקתי, ותהא חלק מתורת הסעדים החוקתיים. מהו הבסיס לגישה זו?

(ב) השבה מכוח תורת הסעדים החוקתיים

על-פי תורת הסעדים החוקתיים, מקום שזכות חוקתית מופרת, הנפגע זכאי לסעד חוקתי. על-כן, מקום שרשות שלטונית קיבלה כספים ששולמו לה מכוחו של חוק שאינו חוקתי, המשלם זכאי לסעד חוקתי של השבה, שכן בלא החוק אין סיבה לתשלום. בכך עומד לימין המשלם סעד אפקטיבי,⁶⁸² אשר מאשש את הזכות החוקתית שהופרה⁶⁸³ ומרתיע

676 שם, פס' 49 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

677 שם, פס' 50 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

678 שם, פס' 54 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס.

679 ראו: Mitchell McInnes, *Restitution for Ultra Vires Taxes*, 123 L.Q.R. 365 (2007).

680 ראו: Lionel Smith, *Public Justice and Private Justice: Restitution After Kingstreet*, 46

CAN. BUS. L.J. 11 (2008).

681 בפרשת **שירותי בריאות כללית** (דיון נוסף), לעיל ה"ש 248, עמד הנשיא א' גרוניס על ההבחנה בין

סעד השבה המבוסס על המשפט הפרטי לבין סעד השבה המבוסס על המשפט החוקתי. ראו שם, פס'

42 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') א' גרוניס. באופן דומה עמד על כך גם השופט ח' מלצר באותה

פרשה. ראו שם, פס' 2 לפסק-דינו של השופט ח' מלצר.

682 ראו לעיל בעמ' 322.

683 ראו לעיל בעמ' 323.

מפני הפרות עתידיות.⁶⁸⁴ זכות זו לסעד חוקתי של השבה, כמו יתר הזכויות החוקתיות, אינה זכות מוחלטת. זוהי זכות יחסית. על-כן זכות ההשבה עשויה להישלל מהנפגע אם יחולו העקרונות המצדיקים פגיעה בזכות לסעד חוקתי. ההגבלה הרלוונטית לענייננו היא זו הקשורה לאינטרס של הציבור בממשל תקין (good governance).⁶⁸⁵ ביסוד ההשבה כסעד חוקתי מונחת הפגיעה ללא הצדקה בזכות חוקתית, כגון הזכות לכבוד האדם או הזכות לפרטיות. זכות חוקתית מרכזית נוספת לעניין ההשבה היא הזכות לקניין: חוק שהטיל מס או אגרה פוגע בראש ובראשונה בזכות החוקתית לקניין. בצדק ציין המשנה לנשיא מ' חשין, בפרשת **רשות העתיקות**, כי "הכל מסכימים כי הטלת מס – וכמותה הטלת אגרה – כזו-כזו השתיים פוגעות בקניינו של אדם".⁶⁸⁶ דיני הסעד החוקתי נועדו לתת לאדם שקניינו נפגע ללא צידוק סעד אפקטיבי, המאשש את החוק ומרתיע מפני פגיעות עתידיות. סעד זה הוא סעד ההשבה. אין הוא מבוסס על התעשרות לא כדין; הוא מבוסס על פגיעה שאין לה צידוק בזכות חוקתית. אין הוא סעד המעוגן במשפט הפרטי; זהו סעד המעוגן במשפט הציבורי.⁶⁸⁷ על הבחנה זו עמד השופט בסטרש (Bastarache) בפסק-הדין הקנדי שהכיר בסעד החוקתי של השבה:

"I would not decide this appeal as a matter of unjust enrichment. The taxpayers in this case has recourse to a remedy as a matter of constitutional right."⁶⁸⁸

הפסיקה הקנדית ממשיכה וקובעת כי אין כלל מקום לסעד על-פי דיני ההשבה של המשפט הפרטי.⁶⁸⁹ לדעתנו, גישה זו אינה ראויה. בדומה לדין בעניין פיצויים, יש מקום להשבה הן על-פי עילה מהמשפט הציבורי והן על-פי עילה מהמשפט הפרטי. הנפגע יוכל לבסס את תביעתו הן על המשפט הפרטי והן על המשפט הציבורי, ובלבד שלא יקבל פיצוי כפול. לעניין המשפט הפרטי, יהא עליו להוכיח את הדרישות של חוק עשיית עושר ולא במשפט. לעניין המשפט הציבורי, יהא עליו להוכיח פגיעה ללא צידוק בזכות

684 ראו לעיל בעמ' 325.

685 ראו לעיל בעמ' 327.

686 פרשת **רשות העתיקות**, לעיל ה"ש 248, בעמ' 566.

687 Sagi Peari, *Improperly Collected Taxes: The Border between Private and Public Law*, 23 CAN. J. L. & JURISPRUDENCE 125 (2010); Vinay Shandal, *Combining Remedies Under Section 24 of the Charter and Section 52 of the Constitution Act, 1982: A Discretionary Approach*, 61 U. TORONTO FAC. L. REV. 175 (2003). זהו גם הדין על-פי פסיקתו של בית המשפט של האיחוד האירופי – ראו: Amministrazione Delle Finanze Dello Stato v SpA San Giorgio (1983) E.C.R. 3595.

688 פרשת Kingstreet Investments Ltd. v. New Brunswick, [2007] 1 S.C.R. 3, para. 34 (Can.) (להלן: פרשת Kingstreet).

689 שם, פס' 39 ("[T]he ordinary principles of unjust enrichment should not be applied to claims (for the recovery of monies paid pursuant to a statute held to be unconstitutional)").

החוקתית להשבה. שתי תביעות אלה עשויות להוביל לתוצאות שונות. כך, למשל, דיני ההתיישנות החלים על התביעה לפי המשפט הפרטי שונים מדיני ההתיישנות החלים על התביעה לפי המשפט הציבורי. הוא הדין בדיני החסינות ובדינים נוספים העשויים לגרום לקבלת תוצאה שונה במקרה של השענת עילת התביעה על אדני המשפט הפרטי לעומת מקרה שבו היא נשענת על אדני המשפט הציבורי.

2. השבה כסעד חוקתי

(א) השבה מכוח פגיעה בזכות חוקתית

סעד ההשבה במשפט הציבורי מבוסס על אי-חוקתיותה של הפגיעה בזכות חוקתית. איננו בוחנים במאמר זה אי-חוקתיות שאינה קשורה לפגיעה בזכות חוקתית, כגון אי-חוקתיות מוסדית. כך, למשל, בפרשת *Kingstreet*⁶⁹⁰ הקנדית הוכרה זכות חוקתית להשבה שבבסיסה העיקרון החוקתי שלפיו אין מס ללא חוק ("no taxation without representation"). לדעתנו, עיקרון חוקתי זה עשוי לתמוך בחובת השבה, אך אין בו כשלעצמו כדי לבסס עילת השבה. כך או כך, ענייננו שלנו הוא רק בסעדים חוקתיים – וביניהם סעד ההשבה – הקשורים לפגיעה בזכות חוקתית. זהו גם הדין במשפט הפדרלי האמריקאי, המבסס את חובת ההשבה על התיקון הארבעה-עשר לחוקה.⁶⁹¹ על-פי המודל של המשפט הציבורי, נדרש שהזכות הנפגעת תהיה אחת מן הזכויות החוקתיות המעוגנות בחוקי-היסוד בדבר זכויות האדם. הזכות המרכזית שפגיעה בה יכולה להוות עילה לסעד חוקתי של השבה היא הזכות החוקתית לקניין. הנחתנו היא כי בית-משפט קבע כי זכות חוקתית נפגעה ללא צידוק, וכי כתוצאה מכך החוק הפוגע אינו חוקתי ובטל. על רקע קביעה זו הרשות הציבורית נדרשת להשיב את הכספים – או כל טובת-הנאה אחרת – שהתקבלו על-ידיה מכוחו של החוק הבלתי-חוקתי. סעד ההשבה מתבסס אפוא על כך שהשבת הכספים ששולמו מהווה סעד אפקטיבי, שיש בו אישוש לזכות החוקתית שנפגעה, ואשר יש בו כדי להרתיע מפני הפרות עתידיות. הקביעה כי החוק הפוגע בזכות החוקתית אינו חוקתי יכולה להתבסס הן על פסיקה קודמת העוסקת בחוקתיותו של החוק הפוגע והן על טענות אחרות במסגרת ההליך שבו נדרשת ההשבה. תנאי להכרה בזכות ההשבה הוא שבית-משפט הכריז על החוק שפגע בזכות החוקתית כי פגיעתו מהווה הפרה, וכי הסעד הוא הכרזה על בטלותו של החוק. אם בית-המשפט קבע כי הפגיעה אינה חוקתית אך לא הכריז על בטלותו של החוק – אלא קרא הוראות לתוך החוק, למשל⁶⁹² – לא יהיה מקום להשבה. בדיוננו על תוצאותיה של הכרזת הבטלות מבחינת הזמן עמדנו על כך שהגישה הראויה היא שהכרזת הבטלות תפעל באופן אקטיבי.⁶⁹³ משמעות הדבר היא שבטלותו

690 לעיל ה"ש 688.

691 ראו: *McKesson Corp. v. Div. of AB & T*, 496 U.S. 18 (1990).

692 ראו לעיל בעמ' 353.

693 ראו לעיל בעמ' 365.

של החוק תחל ברגע ההכרזה על בטלותו, ולא תוחל למפרע מיום חקיקתו. מה השפעתה של הכרזת הבטלות האקטיבית על חובת ההשבה? האם התוצאה של הכרזת בטלות אקטיבית היא שאין מקום להשבה, שכן בעת תשלומי המס והאגרות עדיין עמד החוק בתוקפו?⁶⁹⁴

לשאלה זו אין תשובה פשוטה.⁶⁹⁵ לדעתנו, עם ההכרזה על בטלותו של חוק המס, על בית-המשפט לקבוע את מועד תחולתה של הבטלות על חוק המס שבוטל. הוא רשאי לקבוע כי לעניין השבת המס, אך לא לעניינים אחרים, תוחל הבטלות למפרע מיום חקיקתו של חוק המס. בית-המשפט רשאי, לעומת זאת, לקבוע כי תחולת הבטלות של חוק המס לעניין ההשבה תהא אקטיבית או פרוספקטיבית. תוצאה זו מתבקשת מתורת הסעדים החוקתיים. ההחלטה באשר למועד תחולתה של הבטלות צריכה לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה.⁶⁹⁶ יש לציין כי אם בית-המשפט קובע את תחולתו של ביטול מבחינת הזמן – למשל, שהביטול יפעל למפרע מיום חקיקתו של החוק הפוגע – הוא רשאי להשעות את תחולתה של החלטתו. גם על השעיה זו יחולו הדינים הקבועים בפסקת ההגבלה.

(ב) הצידוק לאי-מתן סעד חוקתי של השבה

ככל הזכויות החוקתיות, גם הזכות החוקתית לסעד של השבה אינה זכות מוחלטת. היא זכות יחסית. ניתן לפגוע בה אם יש צידוק לכך.⁶⁹⁷ עמדנו על ארבעה עקרונות מגבילים המצדיקים פגיעה בזכות החוקתית לסעד חוקתי: התחשבות בזכויות של צדדים שלישיים;⁶⁹⁸ התחשבות בשיקולים של ממשל תקין (good governance);⁶⁹⁹ התחשבות בשיקולים של הפרדת רשויות;⁷⁰⁰ התחשבות במגבלות המוסדיות של בית-המשפט.⁷⁰¹ לעניין הסעד החוקתי של השבה, העיקרון המגביל של התחשבות בשיקולים של ממשל תקין הוא הרלוונטי ביותר.

האם ניתן מכוח שיקולים של ממשל תקין להכיר בהגנת התקציב? תשובתנו היא כי ההכרעה בשאלה אם יש בהגנת התקציב כדי לשמש עילה לאי-השבת תשלומי המס הבלתי-חוקיים לנפגע צריכה להיקבע על-פי הוראותיה של פסקת ההגבלה. אין אפוא

694 ראו ע"א 8932/02 פקיד שומה תל-אביב-יפו 5 נ' טאומן, פ"ד נח(1) 625 (2003).

695 ראו פרשת **שירותי בריאות כללית** (דיון נוסף), לעיל ה"ש 248, פס' 52 לפסק-דינו של הנשיא א' גרוניס. בהקשר זה מתעוררת השאלה מהו הדין אם בעת החקיקה פסק בית-המשפט כי החוק הוא חוקתי אך לאחר זמן סטה מפסיקתו וקבע כי החוק אינו חוקתי. האם הפסיקה החדשה היא רטרואקטיבית, אקטיבית או פרוספקטיבית? לשאלה הכללית בדבר תוקפו של שינוי בהלכה השיפוטית מבחינת הזמן ראו ברק **שיקול דעת שיפוטי**, לעיל ה"ש 167, בעמ' 417.

696 ראו לעיל בעמ' 369.

697 ראו לעיל בעמ' 326.

698 ראו לעיל בעמ' 327.

699 ראו לעיל בעמ' 327–328.

700 ראו לעיל בעמ' 328–331.

701 ראו לעיל בעמ' 331–332.

לקבוע כי הגנת התקציב תעמוד תמיד לרשות השלטונית הנחבעת לסעד החוקתי של השבה; ובאופן דומה אין לקבוע כי הגנת התקציב אינה יכולה לעמוד בפני הסעד החוקתי של השבה. ההכרעה צריכה להיעשות על-פי הנסיבות בכל מקרה ומקרה, ועל-פי השיקולים הנבחנים על-ידי פסקת ההגבלה.

במסגרת זו תעלה השאלה אם קיימת חלופה שתאפשר את ההשבה. עשויה להיטען הטענה כי ניתן באופן עקרוני להכיר בזכות להשבה וכי את בעיית התקציב תפתור העלאת מס כללית. על טענה זו המדינה עשויה להשיב כי קיימים טיעונים תקציביים השוללים אפשרות זו. אם טענה אחרונה זו תתקבל, המסקנה תהיה כי אין חלופה שתאפשר את ההשבה. הבחינה החוקתית תעבור אפוא למרכיב האחרון בפסקת ההגבלה, הוא מרכיב האיזון.

במסגרת מרכיב האיזון השאלה היא אם החשיבות החברתית השולית בשלילת ההשבה מטעמים של הגנת התקציב עולה על החשיבות החברתית השולית במתן השבה לבעל הזכות החוקתית שנפגעה. במסגרת השיקולים של החשיבות החברתית היחסית עשוי להינתן משקל לטענה כי אין זה ראוי להטיל על שכמו של משלם המס הבלתי-חוקי את קשיי התקציב של המדינה, שכן זו האחרונה יכולה לפתור את קשייה על-ידי הטלת מס חדש, חוקתי ומידתי, ל"פיזור הנזק" שנגרם לרשות כתוצאה מביטול המס הישן בין כל משלמי המס החדש. כן ניתן להקטין את "נזקי התקציב" על-ידי "פיזור" ההשבה על-פני כמה שנים. בהקשר זה מועלית הטענה כי על-פירוב יש עתודה בתקציב שבמסגרתה ניתן לפתור את בעיית ההשבה. מעל לכל יש ליתן משקל כבד לחשיבות החברתית של מתן ההשבה בכיבוד העיקרון החוקתי של שלטון החוק, המתבטא בגישה שאין להטיל על האזרחים מס ללא חוק חוקתי.

על רקע זה סוברים מלומדים שונים⁷⁰² כי אין לקבל את הגנת התקציב בגדרי המשפט הפרטי. יהא כוחה של גישה זו אשר יהא בגדרי המשפט הפרטי, יש להתחשב בהגנת התקציב במסגרת העיקרון החוקתי של ממשל תקין, המבקש לבחון את מידתיותה של הטענה כי אין לקבוע סעד אפקטיבי של השבת תשלומי המס הלא-חוקתיים – השבה שיהא בה גם אישור של הזכויות החוקתיות והרתעה מפני פגיעה בהן – בשל גורמים הקשורים לצורך החוקתי במניעת ההשבה (במסגרת מרכיב הצורך) ולאזון בין החשיבות החברתית השולית של שלילת סעד ההשבה לבין החשיבות החברתית השולית הגלומה במתן סעד ההשבה. נראה לנו כי רק טיעונים כבדי-משקל בזכות מניעת ההשבה

702 ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור דיני עשיית עושר ולא במשפט כרך ב 735 (מהדורה שלישית, 2017) ("אנו נוטים לדעה שביטול במסגרת זו שקול, בהיעדר קביעה אחרת, להכרות בטלות והוא מחייב השבה"). ראו גם Bachand, לעיל ה"ש 671; HANOCH DAGAN, THE LAW AND ETHICS OF RESTITUTION 74 (2004); Peter Birks, *Restitution from the Executive: A Tercentenary Footnote to the Bill of Rights*, in ESSAYS ON RESTITUTION 164 (P.D. Finn ed., 1990); Greg Weeks, *The Public Law of Restitution*, 38 MELB. U. L. REV. 198 (2014); John F. Coverdale, *Remedies for Unconstitutional State Taxes*, 32 CONN. L. REV. 73 (1999).

מטעמים של תקציב יהא בהם כדי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה ולהוביל למניעתו של סעד ההשבה.

היה אם הגיע בית-המשפט למסקנה כי במקרה שלפניו ידם של השיקולים התומכים במניעת ההשבה על העליונה, הוא עשוי לממש מסקנה זו בכמה דרכים. דרך אחת היא לקבוע כי הזכות לסעד של השבה מוכרת באופן עקרוני אך לא יהא זה מידתי לממשה. דרך אחרת היא לקבוע כי בטלותו של חוק המס היא אקטיבית,⁷⁰³ תוך הכרה בתחולה רטרואקטיבית רק לעניין תשלומי המס.

סיכום

פגיעה בזכות החוקתית ללא צידוק (כלומר, מבלי לקיים את תנאיה של פסקת ההגבלה) היא הפרה של הזכות החוקתית, והיא מולידה זכות חוקתית לסעד. ביסודה של זכות זו מונחות שלוש תכליות: סעד אפקטיבי לנפגע, אישור חוקי-היסוד והרתעה מפני הפרות עתידיות. ככל זכות חוקתית, גם הזכות לסעד חוקתי היא זכות יחסית. ניתן לא לממשה במלואה (כלומר, לפגוע בה) אם יש צידוק לכך. העקרונות החוקתיים המצדיקים פגיעה בזכות לסעד חוקתי הם זכויות של צדדים שלישיים, האינטרס של הציבור בממשל תקין, היחסים עם רשויות השלטון האחרות והמגבלות המוסדיות של בית-המשפט. ההתחשבות בעקרונות מגבילים אלה נעשית במסגרת פסקת ההגבלה החלה לעניין הפגיעה בזכות החוקתית. תוצאת ההתחשבות בעקרונות המגבילים מגבשת את עילת התביעה לסעד חוקתי. עילת תביעה זו היא חלק מהמשפט המקובל הישראלי.

זוהי תורת הסעדים החוקתיים. היא קובעת מתודולוגיה חוקתית כללית החלה בגין פגיעה בכל זכות חוקתית, והיא מפעילה גישה אחידה ולכידה על כל הסעדים החוקתיים. הסעד החוקתי המרכזי והטבעי הוא הכרזה על אי-חוקיותו של החוק הפוגע ועל בטלותו. עם זאת, קיימים מצבים שבהם העקרונות המגבילים, הפועלים במסגרת פסקת ההגבלה, מצדיקים לא להעניק סעד זה. מערכת מסועפת של סעדים חוקתיים עומדת לרשות בית-המשפט בבחירת הסעד החוקתי שאינו סעד של בטלות. עמדנו על כמה מהם: הפרדה, קריאה לתוך החוק, ציווי למחוקק וסעדים הלכתיים המהווים חלק מעילת התביעה לסעד חוקתי. במסגרת זו תוכר גם עילת תביעה לפיצויים בגין פגיעה בזכות חוקתית ללא צידוק. פיצוי זה אינו עוולה חוקתית. הוא אינו מבוסס על אשמה. זהו פיצוי בגין פגיעה לא-מידתית בזכות חוקתית. הוא יחול, בין היתר, מקום שמוטל נטל חריג על הנפגע.

אני מודע לקשיים שתורת הסעד החוקתי מעוררת. לא על כל השאלות נתתי תשובה, ולא כל ההשלכות נבחנו בפירוט. יבואו המבקרים ונקיים שיח סעדים פורה.

703 לאקטיביות של הביטול ראו לעיל בעמ' 365.

